

**CRISTIANA CAMARATE SILVEIRA MARTINS LEÃO QUINALIA**

**REGIMES PÚBLICO E PRIVADO: ESTUDO SOBRE A CATEGORIZAÇÃO E  
AMPLIAÇÃO DO ACESSO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO**

**CRISTIANA CAMARATE SILVEIRA MARTINS LEÃO QUINALIA**

**REGIMES PÚBLICO E PRIVADO: ESTUDO SOBRE A CATEGORIZAÇÃO E  
AMPLIAÇÃO DO ACESSO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO**

Dissertação apresentada como  
requisito para conclusão do mestrado  
em Direito e Políticas Públicas pela  
Faculdade de Direito do Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB  
Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide  
Horbach

Brasília  
2014

QUINALIA, Cristiana C. S. M. Leão. Regimes público e privado: estudo sobre a categorização e ampliação do acesso nos serviços de telecomunicação. Cristiana Camarate Silveira Martins Leão Quinalia. Brasília: UniCEUB, 2014.150p.

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do mestrado em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

## **AGRADECIMENTO**

A Deus que é a verdadeira sabedoria. Aos meus pais, Paulo e Lenora, fontes de inspiração em todos os aspectos da vida. Aos meus irmãos, Cecília e João Paulo, que sempre me estimulam a crescer. Ao meu marido, Rafael, em quem encontro abrigo e amor diariamente.

Aos queridos Cecília Leão, Fábio Koleski, Fabrício Lopes, Miriam Wimmer e Raquel Salgado que generosamente despenderam tempo para ouvir, ler e ajudar a enriquecer essa dissertação, sem eles certamente o caminho teria sido ainda mais tortuoso. Ao apoio recebido de Flávio Amaral que, desde nosso primeiro contato, tornou-se um conselheiro.

Meu especial agradecimento, às amigas do Terço por, nos últimos anos, pacientemente dividirem comigo alegrias, angústias e cansaços dessa empreitada.

Aos professores, funcionários e colegas do UniCEUB com quem pude conviver e crescer academicamente, nominalmente ao meu orientador Carlos Horbach. Não poderia deixar de mencionar os amigos e colegas de Anatel por contribuem cotidianamente para meu amadurecimento profissional e que, mesmo indiretamente, auxiliaram na construção desse trabalho.

## RESUMO

A dissertação tem por objetivo analisar as características dos regimes públicos e privado estabelecidos na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), traçando especificidades e estabelecendo ligações entre eles. Elegeu-se analisar a categorização dos serviços de telecomunicações e a ampliação do acesso como possíveis, respectivamente, diferença e semelhança entre os regimes. Para tanto, será aprofundada a análise acerca dos diferentes conceitos de serviço público e serão avaliadas diferentes possibilidades de interpretação de seu enquadramento tanto no regime público como no regime privado, dialogando-se em especial com os art. 21 e 175 da CF/88 e com a LGT. À luz dessa análise, adota-se o entendimento de que os serviços de telecomunicações prestados em regime privado diferem fundamentalmente daqueles prestados em regime público, não se configurando como serviços públicos. Ainda assim, é possível identificar elementos de conexão entre os dois regimes, notadamente o fato de ambos serem alvo de políticas de expansão. Nesse sentido, aprofunda-se o estudo das bases legais e mecanismos tanto no regime público como no privado.

**Palavras-chaves:** Direito das Telecomunicações; Direito Administrativo; Regime Público; Regime Privado; Serviços Públicos; Universalização; Massificação.

## ABSTRACT

This master thesis aims to analyze the characteristics of public and private regimes established in the General Telecommunications Law (LGT), outlining specifics and making connections between them. The study will be focusing on the categorization of telecommunications services and expanding access services, respectively, as possible difference and similarity between the regimes. For this reason, it will be necessary an analysis on different concepts of public service and different possibilities and interpretations will be evaluated on its environment both the public regime and the private regime, in particular within articles 21 and 175 of CF/88 and LGT. In light of this analysis, it is adopted the view that the provision of telecommunications services in the private regime is fundamentally different from those provided in the public regime. Still, it is possible to identify elements of connection between the two regimes, notably the fact that both are targeted for expansion. In this sense, this study will focus and deepen the legal bases and mechanisms in both the public and private regime.

**Key words:** Telecommunications Law; Administrative Law; Public Regime; Private Regime; Public Service; Universal Service

## **SIGLAS**

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AICE – Acesso Individual Classe Especial

Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações

CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988

DOU – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

Fust – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Lei das Concessões – Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

LGT – Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

PGMC – Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012

PGMU – Plano Geral de Metas para Universalização no Regime Público (editado a cada cinco anos, PGMU do Serviço Telefônico Fixo Comutado, último aprovado pelo Decreto nº 7.512, de 30 de junho de 2011)

PGO – Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público. (último aprovado pelo Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008)

PGR – Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil, aprovado pela Resolução 516, de 30 de outubro de 2008

PMU – Plano de Metas para a Universalização (do Serviço Telefônico Fixo Comutado, único aprovado pelo Decreto nº 6.039, de 7 de fevereiro de 2007)

PNBL – Plano Nacional de Banda Larga

Telebrás – Telecomunicações Brasileiras S.A.

RGQ-SCM – Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia aprovado pela Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

SDH – Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República

SMP – Serviço Móvel Pessoal

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1. SERVIÇOS PÚBLICOS .....</b>	<b>20</b>
1. NOÇÃO .....	20
1.1. AUTORES FRANCESES .....	20
1.1.1. PENSAMENTO DE LEON DUGUIT .....	21
1.1.2. O PENSAMENTO DE MAURICE HAURIOU .....	23
1.1.3. O PENSAMENTO DE GASTON JÈZE .....	25
1.2. ELEMENTOS DO SERVIÇO PÚBLICO .....	28
2. PROPOSTA DE ENTENDIMENTO .....	32
2.1. TITULARIDADE DE UM SERVIÇO ESSENCIAL .....	34
2.1.1. PREVISÃO NORMATIVA .....	34
2.1.2. SERVIÇO ESSENCIAL .....	35
2.2. DELEGAÇÃO .....	37
2.2.1. OPÇÃO CONSTITUCIONAL .....	37
2.2.2. LEI DAS CONCESSÕES.....	40
2.3. PRINCÍPIOS.....	42
2.4. REMUNERAÇÃO .....	48
<b>CAPÍTULO 2. SERVIÇOS PÚBLICOS E O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES. ....</b>	<b>51</b>
1. REGIME PÚBLICO .....	52
1.1. REMUNERAÇÃO .....	53
1.2. PRINCÍPIOS.....	55
1.3. OUTORGA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES .....	58
1.3.1. NOÇÃO DE CONCESSÃO.....	59
1.3.2. CONCESSÃO NA LGT .....	61
1.3.3. NOÇÃO DE PERMISSÃO .....	66
1.3.4. PERMISSÃO NA LGT .....	67
1.4. TITULARIDADE .....	72
2. REGIME PRIVADO .....	73
2.1. REMUNERAÇÃO .....	75
2.2. PRINCÍPIOS.....	75
2.3. OUTORGA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES .....	77
2.3.1. NOÇÃO.....	77
2.3.2. AUTORIZAÇÃO NA LGT .....	79
2.4. TITULARIDADE DO SERVIÇO .....	84
<b>CAPÍTULO 3. UNIVERSALIZAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES .....</b>	<b>95</b>
1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO .....	96
1.1. NOÇÃO.....	97
1.2. SERVIÇO UNIVERSAL.....	98



1.3. A UNIVERSALIZAÇÃO NO CONTEXTO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES.....	104
1.3.1. PRIMEIRA PROPOSTA DE ENTENDIMENTO NA UIT .....	104
1.3.2. PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E NOVO ENTENDIMENTO .....	105
2. UNIVERSALIZAÇÃO NA LGT .....	107
2.1. NOÇÃO .....	107
2.2. MECANISMOS DE UNIVERSALIZAÇÃO .....	110
2.3. UNIVERSALIZAÇÃO E CONCORRÊNCIA .....	116
3. MASSIFICAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES .....	117
3.1. NOÇÃO .....	117
3.2. MECANISMOS DE MASSIFICAÇÃO, EXEMPLOS.....	125
3.2.1. PLANO NACIONAL DE BANDA LARGA .....	125
3.2.2. LICITAÇÕES NO REGIME PRIVADO.....	128
3.3. UNIVERSALIZAÇÃO E MASSIFICAÇÃO .....	132
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>135</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico, a facilitação na comunicação e o comércio eletrônico são realidades vividas na sociedade da informação<sup>1</sup>. Diante dos avanços sociais, relações jurídicas e políticas públicas também se adequam e influenciam na relação complexa entre Estado, tecnologia e organização do próprio sistema social. Um dos pressupostos da sociedade da informação é a existência de infraestrutura de telecomunicações capaz de suportar um intenso tráfego de dados.

No Brasil, a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88)<sup>2</sup>, originalmente, estabeleceu entre as competências da União o dever de explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, serviços públicos telefônicos<sup>3</sup>. O serviço era prestado em regime de monopólio por empresas estatais, reunidas sob a holding Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás) desde a década de 70. Todas elas compunham o Sistema Telebrás. O principal serviço prestado era o de telefonia fixa local. Ocorre que, passadas mais de 20 décadas, verifica-se que o acesso às tecnologias mais avançadas da época não era democrático, a infraestrutura estava concentrada em determinadas áreas e exigiam-se mudanças.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> “A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico””. WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>> Acesso em: 01 out. 2011, p. 1.

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 out.2011.

<sup>3</sup> Redação antes da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995:

Art. 21. Compete à União: (...)

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

<sup>4</sup> Cf. o livro: *Telecomunicações: Passaporte para a modernidade*, do economista Carlos J. da Costa, no qual faz-se um detalhado estudo do setor no ambiente pré-privatização (COSTA, Carlos J. da. *Telecomunicações: Passaporte para a modernidade*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1996.).

A partir dos debates travados no Fórum Nacional de Telecomunicações (São Paulo, 26 de outubro de 1992) e considerando depoimentos e entrevistas de especialistas do setor, Ethelvaldo Siqueira editou um livro. (SIQUEIRA, Ethelvaldo. *Telecomunicações Privatização ou Caos*. São Paulo: Telepress, 1993.)

Especificamente sobre o enfrentamento dos problemas no setor de telecomunicações, destaca-se que, no cenário internacional, no início da década de 90 do século passado, Europa e Estados Unidos iniciaram uma reestruturação de seus sistemas de telecomunicações.<sup>5</sup>

O candidato à presidência Fernando Henrique apresentou em sua proposta de governo intitulado “Mãos à obra, Brasil”, em 1994, capítulo referente às telecomunicações. Nele, salienta a importância de investir pesadamente em comunicações, coloca o investimento em infraestrutura como uma ação fundamental para o crescimento econômico e social.<sup>6</sup> Já como Chefe do Executivo, no segundo semestre de 1995, por meio do Ministério das Comunicações, lançou o Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal (Paste).

Em paralelo à deficiência de acesso do setor de telecomunicações, no mesmo período, *i.e.*, década de 90 do século passado, a essência e o papel do Estado passam a ser questionados. No Brasil, elaborou-se o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Nele entendeu-se que o modelo de Estado, classificado como burocrático, estava em crise e que o Estado havia se desviado de suas atribuições básicas, de sorte que era necessário promover a reforma estatal.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Para entender melhor o contexto internacional e conhecer as críticas da adoção desse modelo pelo Brasil, cf: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *O 'kit' regulatório das telecomunicações*. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (orgs). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 667-688.

<sup>6</sup> “A tecnologia da informação tornou-se a peça fundamental do desenvolvimento da economia e da própria sociedade. Isto significa que o atraso relativo do nosso país deverá ser necessariamente superado, como condição para retomar o processo de desenvolvimento. Não se trata apenas de alcançar uma maior difusão de um serviço já existente, por uma questão de equidade e justiça. Trata-se de investir pesadamente em comunicações, para construir uma infra-estrutura forte, essencial para gerar as riquezas de que o país necessita para investir nas áreas sociais.” CARDOSO, Fernando Henrique. *Mãos à obra, Brasil: proposta de governo*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[www.bvce.org/DownloadArquivo.asp?...Maos\\_a\\_obra.pdf](http://www.bvce.org/DownloadArquivo.asp?...Maos_a_obra.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2013, p. 23.

<sup>7</sup> O Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos - o que atingia, em particular, a parcela menos favorecida da população -, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pela Câmara da Reforma da Presidência da República. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013, p. 6.

Nesse mesmo plano, ressaltava-se a importância de reforçar as funções de regulação e coordenação do Estado, por uma administração gerencial com escolhas mais eficientes (melhor combinação de fatores econômicos e parâmetros legais e morais). Em síntese, entendeu-se que a Administração Pública “deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).”<sup>8</sup>

Em todo esse contexto, editou-se a Emenda Constitucional (EC) nº 8, de 25 de agosto de 1995, que alterou o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da CF/88<sup>9</sup>. A alteração constitucional acabou com o monopólio da União na prestação dos serviços de telecomunicações, determinou a edição de lei específica para normatizar as concessões, permissões e autorizações dos serviços, assim como para criar o órgão regulador. Entende-se por regulação:

(...) o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização de valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional.<sup>10</sup>

A regulação tem seu fundamento de validade no art. 174 da CF/88<sup>11</sup>. Esse artigo, para ter força normativa, precisou ser esmiuçado pelo legislador que optou por criar

---

<sup>8</sup> Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pela Câmara da Reforma da Presidência da República. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013, p.16.

<sup>9</sup> A Emenda Constitucional nº 8 - Art. 21. Compete à União:  
(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;(...)

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo:Dialética, 2002. p.40.

<sup>11</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.(...)

entidades estatais, com amplas funções e com conhecimento técnico sobre os setores regulados: as agências reguladoras.

Diante desse complexo cenário, por determinação constitucional, aprovou-se a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997<sup>12</sup>. A Lei Geral das Telecomunicações (LGT) determinou a criação da Agência Nacional das Telecomunicações (Anatel), estabeleceu critérios para a desestatização<sup>13</sup> -<sup>14</sup> do Sistema Telebrás<sup>15</sup> e desenhou o ambiente pós-privatização.

Considerando a tendência de organização e atuação do Estado do final do século passado, conforme destacam Almiro do Couto e Silva<sup>16</sup> e Maria João Estorninho<sup>17</sup>, o

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)> Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>13</sup> Frequentemente, no setor de telecomunicações, utiliza-se desestatização e privatização como palavras sinônimas. “Dá-se o nome de privatização à transferência de um serviço realizado pelo poder público para o poder privado e também a transferência da propriedade de bens de produção públicos para o agente econômico privado. Pela primeira modalidade, a titularidade do serviço continua sendo do poder público, mas seu exercício é transferido para o agente privado. É o que dispõe o art. 175 da Constituição (....). Outro modo de transferência de poder público ao poder privado, além do poder de exercer determinada atividade, é a transferência da propriedade pública de bens de produção para o setor privado. O estado vende seus ativos, retirando-se da atividade produtiva que desempenhava – atividade que poderia ser de mercado ou fora de mercado.” (DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110.)

No caso do setor de telecomunicações, observaram-se as duas hipóteses enumeradas. Para a rede de telefonia móvel existente, o governo optou pela segunda modalidade. Contudo, a rede e serviços do Sistema Telebrás de telefonia fixa foi dividida em 4 concessões. Para telefonia fixa local estipulou-se três regiões: centro-sul (Tele Centro Sul); Estado de São Paulo (Telesp); norte, litorais sudeste e nordeste (Telemar). Ademais, estabeleceu-se uma concessão para telefonia longa distância (Embratel).

Para Di Pietro “não há dúvida de que a volta do instituto da concessão se dá com os mesmos ideais que inspiram o movimento da privatização, razão pela qual é preferível considerá-la como uma das modalidades de privatização em sentido amplo”. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanela. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.76) Conclui-se que a privatização em sentido estrito é transferir ao setor privado uma atividade, inclusive sua titularidade, até então inserida no setor público.

<sup>14</sup> “As questões da privatização, dos serviços públicos e da concorrência situam-se no entroncamento da economia com o direito e a política. A exploração de um serviço público substitui, a princípio, a concorrência, porque sua produção é uma necessidade social e, portanto, independe dos estímulos produzidos pelo mercado.” DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.115.

<sup>15</sup> Outro importante suporte jurídico para a privatização do Sistema Telebrás veio com a Lei nº 9.491/1997, que estabeleceu procedimentos para o Programa Nacional de Desestatização.

<sup>16</sup> Almiro do Couto e Silva, no final do século passado, reconhece uma tendência de recuo do Estado e ampliação das atividades do setor privado. E prevê que: “Novas parcerias e modalidades de colaboração dos indivíduos com o setor público ou destes com os particulares, por meios de direito público ou de direito privado, haverão certamente de desafiar ainda mais agudamente a imaginação dos juristas no milênio que se aproxima”. COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*. Porto Alegre v. 27, n.57: p. 181-208, 2003, p.208.

<sup>17</sup> Segundo a autora, as privatizações promovidas pelas Administrações Públicas, em sua maioria, nos anos 80 e 90 do século passado, são exemplo de interseção entre regime público e privado, justamente por acentuar a tendência “às formas jurídico-privadas de organização e de actuação administrativas.” ESTORNINHO, Maria

setor de telecomunicações é um exemplo típico desse momento de transformação. Permite novas formas de gestão jurídico-privadas de serviços essenciais pela iniciativa privada e, ao mesmo tempo, reafirma a distinção entre os regimes público e privado.

A LGT estabeleceu dois regimes jurídicos pelos quais os serviços de telecomunicações poderiam ser prestados: o regime público e o regime privado. A presente dissertação propõe-se a estudar esses regimes.

Entende-se por serviço de telecomunicações em regime público aquele que a própria União comprometa-se a assegurar, que é prestado mediante concessão ou permissão, na modalidade de serviços de interesse coletivo, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.<sup>18</sup>

Por outra parte, o serviço de telecomunicações em regime privado é o prestado mediante autorização, na modalidade de serviços de interesse coletivo ou restrito, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e que, excepcionalmente, tem sua outorga condicionada<sup>19</sup>.

Note-se que a LGT estabeleceu características distintivas dos regimes público e privado. Contudo, essas, em alguma medida, interceptam-se e merecem aprofundamento.

Essa dissertação tem por objetivo analisar os regimes público e privado estabelecidos na Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Para tanto, optou-se por delimitar seu estudo a uma possível diferença e uma possível semelhança entre tais regimes como âncoras conceituais de comparação. A possível diferença seria a categorização dos serviços prestados em telecomunicações como serviços públicos considerando as três possibilidades de outorgas: concessão, permissão e autorização. Por sua vez, a semelhança seria a ampliação do acesso a esses serviços por meio de universalização e massificação,

---

João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p.47.

<sup>18</sup> Art. 63, parágrafo único e art. 64, *caput*, da LGT.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportar-se prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

<sup>19</sup> Proposta a partir das combinações dos arts. 63, 64, 67, 126, 131, 136 da LGT.

considerando a obrigação de universalização no regime público e a necessidade de observância dos princípios da atividade econômica ainda que se permitam condicionantes à expedição de autorização no regime privado.

A opção por pesquisar sobre a categorização das outorgas e a ampliação de acesso dos serviços de telecomunicações se justifica por suas relevâncias, respectivamente, para mais bem entender o modelo proposto para o setor e para entender os limites de atuação da Anatel. O entendimento de diferença e semelhança entre os regimes permite embasamento para proposta de políticas públicas e regulamentações. A seguir apresentam-se breves contextualizações, os problemas e as hipóteses a serem enfrentados.

No regime público, a prestação do serviço se dá por concessão ou permissão, enquanto no regime privado, por autorização. Essa diferenciação entre os regimes deve ser aprofundada com o intuito de se verificar se as três possibilidades de outorgas de serviço de telecomunicações deveriam ser classificadas como serviços públicos ou não.

Embora não haja acordo em relação à definição de serviço público, parece ser consenso que os serviços de telecomunicações, cuja existência a União decidiu assegurar, delegados mediante concessão ou permissão e sob os quais se impõem deveres de continuidade e universalização, sejam classificados como serviços públicos<sup>20</sup>. Alexandre Santos de Aragão afirma que “a definição de ‘regime público’ prevista na LGT identifica-se com a de serviço público.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Define Maria Sylvia Zanella Di Pietro como serviço público: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.106

Em seu livro *Las Transformaciones del Derecho (público y privado)*, León Duguít afirma: “O fundamento do Direito público não é o direito subjetivo de poder mandar, mas a regra de organização e de gestão dos serviços públicos. O Direito público é o direito objetivo dos serviços públicos.” *El fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos.* DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975<sup>20</sup>.

Na mesma linha, para Marçal Justen Filho: “[A] CF/88 determina que a atuação caracterizadora de serviço público subordina-se ao âmbito do Direito Público. (...) Como decorrência, a prestação de serviço público (diretamente pelo Estado ou por meio de particulares) far-se-á segundo princípios e as regras do Direito Público.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18.

<sup>21</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 271.

Por outra parte, a doutrina se divide acerca da categorização dos serviços prestados mediante autorização no regime privado. Se, por um lado, Alexandre Santos de Aragão entende que classificar a autorização como serviço público tornaria o regime privado sem conteúdo, por outro lado, Rodrigo Luís Kanayama<sup>22</sup> entende que a classificação pelo regime jurídico em nada influencia a definição de serviço público.

A primeira pergunta que se pretende responder, portanto, é: qual a categorização dos serviços de telecomunicações à luz dos regimes público e privado da LGT?

A hipótese é a de que existe uma grande característica distintiva entre os regimes público e privado: na concessão e na permissão há prestação de serviço público e na autorização, não.

Estabelecido esse parâmetro, a dissertação se prestará a analisar uma possível semelhança. Para tanto, será estudada a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações e como é tratada nos regimes. No regime público, utiliza-se o termo universalização e no regime privado emprega-se o vocábulo massificação.

Embora não se encontre em normas a definição do termo massificação, ele é cada vez mais utilizado e ganha relevo no setor de telecomunicações. Com a intenção de ampliar o acesso e impulsionar o desenvolvimento de infraestrutura de telecomunicações no país, a Anatel tem estabelecido obrigações tanto para as concessionárias quanto para as autorizadas. Nesse sentido, parece haver semelhanças entre os regimes público e privado.

De forma exemplificativa cita-se que, desde 2007, em alguns editais de licitação para a expedição de autorização para exploração do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e/ou outorga de autorização de direito de uso de radiofrequências, a Agência priorizou o atendimento da demanda pelo serviço por meio de compromissos de abrangência<sup>23</sup>, não se restringindo ao melhor preço ofertado.

---

<sup>22</sup> Para detalhes de jurisprudência e discussão doutrinária: KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.193 – 211.

<sup>23</sup> Entende-se por compromisso de abrangência as obrigações descritas nos editais e contratos de licitações impostas a(s) empresa(s) vencedora(s) da licitação.



O objetivo foi concretizar os princípios regulatórios: acelerar a redução das desigualdades regionais e possibilitar a oferta dos serviços de telecomunicações de forma mais homogênea possível em todo território nacional<sup>24</sup>. Diz-se que o cumprimento dessas obrigações “massifica” o acesso a telecomunicações e impulsiona o desenvolvimento de infraestrutura no país.

Sobre o tema questiona-se: existem embasamento jurídico e mecanismos que justifiquem a utilização de termos distintos, universalização e massificação, para promover a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações?

Caso o serviço prestado mediante autorização, portanto no regime privado, fosse classificado como serviço público, a massificação no regime privado seria facilmente justificada, porque seria um dos princípios do serviço público. Porém, como dito, aprofundar-se-á a hipótese de que os serviços prestados em regime privado não são serviços públicos e sim atividades da iniciativa privada sujeitas ao poder de polícia.

A partir dessa premissa, serão analisadas as peculiaridades da ampliação do acesso, tratando da universalização, descrita na LGT, e da massificação, termo que não é utilizado na LGT, mas que nela se justifica. Buscar-se-á, juridicamente, embasar a massificação no regime privado, que se aproxima da universalização plasmada na LGT.

A segunda hipótese dessa dissertação é a de que as bases legais e mecanismos da universalização são distintos daqueles encontrados na massificação. A própria LGT afirma que “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.”<sup>25</sup> Logo, parece ser adequado que sejam utilizados dois termos distintos: universalização e massificação. Todavia, como ambos almejam a expansão do acesso, é possível verificar um elemento unificador entre os regimes público e privado.

---

<sup>24</sup> Estes princípios encontram-se expressos de forma inequívoca na Resolução nº 516/2008 que aprovou o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). Trata-se de documento estratégico que aponta os rumos da regulação para os próximos 10 anos e tem como referência as diretrizes para o setor, emanadas pelo Ministério das Comunicações por meio da Portaria 178/2008. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2012/425-resolucao-600>>. Acesso em: 22 jan.2014.

<sup>25</sup> Art. 65 § 1º da LGT.

Em síntese, esse trabalho se debruça sobre o regime público e o regime privado do setor de telecomunicações **para**, à luz da Constituição e LGT, propor uma classificação dos serviços prestados no setor e analisar a ordem legal de expansão do acesso **com a finalidade de** identificar possível diferença e semelhança entre os regimes. **Isso permitirá** mais bem embasar propostas de políticas e regulamentações.

Colocados problemas e objeto de estudo, apresenta-se o método de trabalho da pesquisa. Ela é dividida em duas etapas. A primeira destina-se a estabelecer uma proposta de estrutura conceitual geral de serviço público (capítulo 1) e verificar se os serviços prestados nos regimes público e privado de telecomunicações enquadrar-se-iam como públicos. É dedicada especial atenção à figura das autorizações (capítulo 2).

A segunda etapa busca estabelecer as noções de universalização e massificação e, em seguida, analisar as relações entre as duas. Embora o conceito de massificação muito se assemelhe ao de universalização, acredita-se que sua justificativa normativa e seus mecanismos encontram raiz em fundamentos distintos (capítulo 3). Para tanto, serão analisados alguns mecanismos de massificação e se proporá uma definição para entendimento do termo.

Cabe frisar que, nessa dissertação, o foco está nas análises normativas dos serviços públicos, universalização e massificação no âmbito do setor de telecomunicações. Comparações com outros setores, assim como, referência a contextos políticos e históricos possuem um caráter periférico, uma vez que subsidiam o entendimento do estudo proposto.

Essa observação é importante porque delimita o universo pesquisado prioritariamente ao campo do Direito, mais especificamente a autores do direito administrativo e estudiosos do setor de telecomunicações.

Buscou-se embasar o trabalho com referenciais teóricos de relevo, principalmente por meio de levantamento bibliográfico. Em verdade, sobre a discussão de serviço público e sua relação com a categorização dos serviços de telecomunicações é possível encontrar bibliografia defendendo ambas as posições. Porém, no que se refere à segunda parte do trabalho, que objetiva relacionar universalização e massificação, deparou-se com a dificuldade em encontrar material jurídico. No que se refere à universalização,

foram encontrados autores que trabalham o tema no âmbito do Direito, o mesmo já não ocorreu com a massificação. A todo o momento, o trabalho dialoga com a Constituição Federal e com a Lei Geral de Telecomunicações.

É importante mencionar a relação da autora com o objeto de estudo. Ela é servidora pública e atua profissionalmente no setor de telecomunicações. Desse modo, é razoável haver questionamentos acerca de sua parcialidade. Todavia, acredita-se que essa relação, em função da experiência adquirida ao longo dos anos, mais do que comprometer sua imparcialidade, possibilitou um maior aprofundamento do tema.

Por fim, vale frisar que não há a pretensão de exaurir o tema que, mesmo restrito apenas ao direito das telecomunicações, pode enfocar outros aspectos ou até mesmo atingir distintas propostas de conclusões.

## **CAPÍTULO 1. SERVIÇOS PÚBLICOS**

Nesse capítulo, estabelecem-se parâmetros de definição do serviço público para que se possa classificar, no capítulo seguinte, os serviços de telecomunicações.

Inicialmente, apresenta-se os conceitos desenvolvidos pelos autores franceses Leon Duguit, Maurice Hauriou e Gaston Jèze. Eles são considerados os doutrinadores que pensaram pela primeira vez a noção de serviço público. Seus pensamentos ultrapassam os séculos, pois seguem influenciando tanto a doutrina francesa como a brasileira.

Embora, a noção de serviços públicos nunca tenha alcançado uma definição de consenso, no Brasil, são três os elementos, subjetivo, formal e material, que norteiam as propostas de aceção de serviço público.

Para fins desse trabalho, a última parte desse capítulo proporá, com base no artigo 175 da CF/88, a parametrização de características que, cumulativamente verificadas, indicam que a atividade é um serviço público.

Ao se detalhar cada uma dessas características, será realizada rápida relação com o setor de telecomunicações mencionando de forma comparativa os regimes público e privado para aprofundá-las no próximo capítulo.

### **1. NOÇÃO**

No Brasil, embora as normas tratem e reconheçam serviços públicos, não há uma definição constitucional ou legal de seu conceito. Cabe à doutrina, a partir dos indicativos legais e análise de experiências alienígenas, essa tarefa. De pronto, cumpre esclarecer que não há conceito unânime.

#### **1.1. AUTORES FRANCESES**

A noção de serviços públicos nasce na França, como uma tentativa de definir o Direito Administrativo. São considerados os principais expoentes dessa discussão: Leon Duguit, Maurice Hauriou e Gaston Jèze.

Atualmente, Direito Administrativo e serviços públicos não se confundem. Contudo, para o entendimento destes, as posições e contribuições dos citados autores são fundamentais. Na sequência, propostas de autores brasileiros serão apresentadas.

#### 1.1.1. PENSAMENTO DE LEON DUGUIT

Leon Duguit defendeu que os conceitos de direito público e de serviços públicos estão interligados, sendo o serviço público o limite e o fundamento, legitimação do poder governamental, da Administração Pública<sup>26-27</sup>. Entendeu que a prestação de muitos serviços públicos não implicava necessariamente em aumento do poder do Estado<sup>28</sup>. Diante disso, definiu serviço público, como:

Toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o cumprimento desta atividade é indispensável para a realização e desenvolvimento da interdependência social, e porque, além disso, é de tal natureza que não pode ser completamente assegurada senão mediante a intervenção do poder público.<sup>29</sup>

Trata-se de conceito aberto com marcante cunho sociológico<sup>30</sup> e que admite, inclusive, o poder de polícia e os serviços jurisdicionais<sup>31</sup>, hoje excluídos da noção de serviço

---

<sup>26</sup>“El servicio público es el fundamento y el limite a la vez del poder gubernamental. De esta manera, nuestra teoría se encuentra del todo precisada y completa.” DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 66

<sup>27</sup> Essa ideia já está superada, é dizer, serviço público não é sinônimo do direito administrativo, mas, uma parte do direito público. Contudo, a teoria desenvolvida para entender a noção de serviços públicos inspira a doutrina até os dias atuais.

<sup>28</sup> DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 69.

<sup>29</sup>“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante.” DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 65.

<sup>30</sup> Marcello Caetano afirma que “Duguit tinha uma noção sociológica do serviço público.” CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 217.

Monica Justen diz ainda: “Ou seja, as regras criadas pelo direito objetivo seriam a resposta à demanda de ordem social, e realização da solidariedade social, já que tenderiam a satisfazer os interesses de uma dada sociedade. Reputa-se justa, portanto, a crítica tecida por Bandeira de Mello, de que a noção de DUGUIT não fornece os elementos que caracterizam o instituto perante o direito, mas serve para indicar ao político, ao legislador aquilo que este deve extrair da realidade concreta como serviço público.”(JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 31)

<sup>31</sup> “El servicio de policía se ha erigido también, desde el primer instante, en servicio público. Entendemos por policía, en un sentido general, el servicio que tiene por objeto hacer reinar el orden, la tranquilidad y la seguridad en el interior del grupo social y en el territorio ocupado por él. Finalmente, hay un tercer servicio que viene a ser el complemento y la condición del anterior; aludimos al servicio de justicia, el cual, desde los albores del Estado, se ha constituido asimismo en servicio público.” DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 67/68.

público mais estrita. Por outro lado, por ser amplo também permite a flexibilização da ideia de serviço público, ou seja, é mutável de acordo com as necessidades da sociedade.

Mas, quais são as atividades cujo exercício constitui para os governantes uma obrigação? A esta pergunta não é possível dar uma resposta categórica (...) à medida em que a sociedade se desenvolve, a intervenção dos governantes deve ser cada vez mais frequente, porque apenas ela pode realizar o que constitui a própria essência da sociedade.<sup>32</sup>

O autor reconheceu que sua proposta de definição de serviço público é vaga e pretendeu limitá-la, admitindo que os serviços públicos não necessariamente são prestados em monopólio; que pode haver concessão como forma de descentralização; que em havendo má prestação do serviço, o Estado poderá ser responsabilizado.<sup>33</sup>

Essas delimitações de elementos que comporiam ou não a noção de serviço público foram pensadas e fundamentadas a partir da jurisprudência francesa, em especial nas decisões do Conselho de Estado e Tribunal de Conflitos.

Tanto o Conselho de Estado quanto o Tribunal de Conflitos proferiram, do final do século XIX ao início do século XX, decisões que são tradicionalmente mencionadas até hoje. Dentre outras, cita-se:<sup>34</sup> *Arrêt Blanco*.<sup>35</sup>, *Arrêt Terrier*.<sup>36</sup> *Arrêt Therond*.<sup>37</sup>, *Arrêt Bac D'Eloka*.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> “*Pero cuáles son las actividades cuyo ejercicio constituye para los gobernantes una obligación? A esta pregunta no es posible dar una respuesta categórica. (...)a medida que la civilización progresa, la intervención de los gobernantes tiene que ser cada vez más frecuente, porque solo ella puede realizar lo que constituye la esencia misma de la civilización.*” DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 66.

<sup>33</sup> DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 67; 69 e 71.

<sup>34</sup> Note-se que por uma questão temporal, alguns dos julgados a seguir não foram analisados por Duguit.

<sup>35</sup> Trata-se de julgado do Tribunal de Conflitos, de 8 de fevereiro de 1873, nº 00012, em que um pai pede indenização pelos danos causados à filha por empregados da manufatura de tabaco explorada pelo Estado. Na ocasião, já estava pacificado o entendimento de que o Estado era responsável tanto por atos comissivos como omissivos, em se tratando de seus serviços próprios. Todavia, a manufatura de tabaco não era uma atividade típica estatal e sobre o tema não havia leis próprias, de forma que o caso teria que ser decidido com base em princípios gerais. Entendeu-se tratar de serviço público e que os empregados agiram na condição de agentes do Estado e causaram danos ao desempenhar sua função estatal. Considerou-se, ainda, que o papel do Estado ao prestar serviços públicos, não é voluntário, mas obrigatório, e aplicado não por interesses particulares, mas em prol da coletividade. Logo, responsabilizou-se o Estado pela má conduta de seus agentes. Contudo, ressaltou-se que essa responsabilização não poderia ser regra absoluta. E por se tratar de serviço público nacional (e não local) o Tribunal de Conflitos entendeu que o tema deveria ser de competência administrativa. Disponível em: < [www.tribunal-conflits.fr](http://www.tribunal-conflits.fr) >. Acesso em: 14 set.2013.

<sup>36</sup> Questão resolvida pelo Conselho de Estado, 6 de fevereiro de 1903, nº 094. Um cidadão ingressou em juízo, solicitando pagamento devido pela prefeitura por ter matado víboras/ pragas que invadiram a localidade. Essa negava o pagamento por falta de fundos para esse fim. Nesse caso, o conceito de serviço público não foi

Estabeleceu-se uma série de critérios, entre origem de recurso e modalidade de funcionamento para identificar um serviço público comercial e industrial. Consagrou-se a competência do tribunal comum para apreciar danos causados por serviços públicos industriais e comerciais.

É também baseado nas decisões jurisprudenciais que Gastón Jèze, aluno de Duguit, buscou sistematizar a noção de serviço público de forma mais dogmática, como se verá a seguir.

Antes, porém, cumpre mencionar a contribuição de Maurice Hauriou, opositor ideológico de Duguit, acerca da definição de serviço público.

#### 1.1.2. O PENSAMENTO DE MAURICE HAURIU

“O pensamento de Hauriou caracterizou-se por uma tendência a variações cíclicas e alternadas, ora tendendo a privilegiar a noção de serviço público, ora preferindo apoiar-se na noção de *puissance publique*.”<sup>39</sup>

---

utilizado diretamente, contudo, estava implícito na questão por existir a previsão orçamentária da gestão pública para esse fim específico. Concluiu-se pela competência administrativa do Conselho de Estado, também, nas relações contratuais consideradas como serviço público.

<sup>37</sup> Julgada pelo Conselho de Estado em 4 de março de 1910. Um outorgado de serviços estatais, contratado para capturar cães vadios e remover animais mortos, ingressou com ação para exigir rescisão contratual e indenização dos cofres públicos. Alegava que o serviço a ele confiado pela prefeitura (poder público) estava em dissonância com as leis vigentes que permitia aos próprios donos a retirada dos cães. Essa situação lhe impedia de auferir renda suficiente para manter o negócio e, conseqüentemente, violava o monopólio do contrato e o princípio da liberdade de comércio e indústria. O Conselho de Estado considerou que se tratava de serviço público, por ser uma atuação em prol da saúde e da segurança pública. A ação processou-se na jurisdição administrativa, que declarou a rescisão do contrato, reconheceu o dano e o direito à indenização do contratado, condenou a prefeitura a pagar uma compensação e indicou nomeação de peritos para verificar a extensão do dano. Disponível em: < [www.lexinter.net/JPTXT2/arret\\_therond.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_therond.htm) >. Acesso em: 14 set. 2013.

<sup>38</sup> Este caso foi decidido em 22 de janeiro de 1921, nº 0706. É, também, conhecido como “*questão comercial africana*”. Trata-se de uma ação de indenização decorrente de um acidente ocorrido com uma balsa de responsabilidade da colônia africana da Costa do Marfim. A principal discussão foi definir a natureza do serviço, considerando que a colônia da Costa do Marfim operava um serviço de transporte nas mesmas condições de um industrial comum. Não havia lei específica. O Tribunal de Conflitos admitiu a existência de serviços públicos funcionando nas mesmas condições que uma empresa privada, dando origem aos conceitos de serviço público industrial e comercial. O Conselho de Estado ratificou esse entendimento. Admitiu-se que órgãos administrativos desenvolvessem serviços comerciais e industriais, essencialmente privados, ao passo que, por atribuição legal, poderiam exercer parcial ou totalmente funções administrativas. Disponível em: < [www.tribunal-conflits.fr](http://www.tribunal-conflits.fr) >. Acesso em: 14 set. 2013.

<sup>39</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

Essas variações ocorreram entre dois pontos de um mesmo raciocínio, qual seja: pensar o direito administrativo. Assim, sua perspectiva alternava-se: “ora sobre o fim (serviço público), ora sobre o meio (*puissance publique*).”<sup>40</sup>

A *puissance publique* ou “potestade pública” relaciona-se à ideia de reforçar os poderes do Executivo, é dizer, há “a transferência do poder, a impossibilidade de colocar, no mesmo pé de igualdade, a Administração e o simples particular”<sup>41</sup>

Segundo estudos de Monica Justen, esse movimento circular de Hauriou teve quatro fases. Inicialmente, ele privilegiou o serviço público e propôs a seguinte definição: “um serviço público é uma organização criada por uma pessoa administrativa tendo em vista a satisfação de uma necessidade coletiva”<sup>42</sup>. Nessa ocasião, já admite o serviço como uma utilidade pública justificando uso da *puissance publique*.

Contudo, foi na segunda fase que esse último critério foi consagrado. Nela inclinou-se a recomendar que os tribunais analisassem a utilização ou não da *puissance publique* para saber se a matéria seria administrativa ou não. “[A] gestão de serviço público se apresenta em dois estágios de operação superpostos em que seria possível reconhecer o emprego da *puissance publique*: nas atividades técnicas de serviço e nas administrativas gerais.”<sup>43</sup> Apenas nessa situação, observar-se-ia serviço público no âmbito do direito administrativo.

Na terceira fase,<sup>44</sup> Hauriou voltou a focar mais no serviço público. Entendeu que a gestão como atividade administrativa, mesmo com a colaboração de um particular, seria de competência da jurisdição administrativa.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

<sup>41</sup> RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136.

<sup>42</sup> Tradução proposta por Monica Justen. SFEZ, Lucien. *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 138, In: JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

<sup>43</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

<sup>44</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 42.

<sup>45</sup> Lembre-se que, no Direito Francês, há a jurisdição comum e a administrativa.



Porém, em sua quarta fase, passou a defender, em definitivo, a *puissance publique* como critério de competência e caráter de atividade pública, ainda que não tenha negado a importância da noção de serviço público para o direito administrativo francês.

Marcello Caetano exalta Hauriou como aquele que valorizou um enfoque técnico da noção serviço público.

Foi, sobretudo, Hauriou quem, na escola francesa do começo do presente século, pôs em relevo a importância do serviço público como 'serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública.' (*Précis de Droit Administratif*, 10ª ed., 1921, pág.25)<sup>46</sup>

Hauriou ficou relacionado à “Escola de Toulouse”, é dizer, a escola da *puissance publique*, enquanto o pensamento de Duguit passou a ser sinônimo da “Escola de Bordeaux”.

Essa última também é conhecida como “Escola do Serviço Público”.<sup>47</sup> A essa escola somou-se Jèze, discípulo de Duguit, responsável por criar nova interpretação para a doutrina de seu mestre, inclusive, abandonando alguns fundamentos filosóficos.<sup>48</sup>

### 1.1.3. O PENSAMENTO DE GASTON JÈZE

Jèze defendeu que o serviço público está sob a égide de um regime especial e regras especiais, normas, com fulcro em facilitar a satisfação do interesse geral. Identificando que essas regras são suscetíveis a modificações.<sup>49</sup>

Primeiro, é preciso identificar se o serviço é público ou não para só depois aplicar as regras especiais. Diz: “o funcionamento regular e contínuo do serviço público é a ideia que deve inspirar toda a atividade dos agentes públicos.”<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 217.

<sup>47</sup> Odete Medauar considera a Escola de Serviço Público como sinônimo da Escola de Bordeaux (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 314). Monica Justen ressalta: “na verdade, é possível afirmar que se incorre em uma imprecisão doutrinária quando se utiliza a noção de serviço público de Duguit como sinônimo da noção desenvolvida pela *École du service public*. Isso se verifica, especialmente, em virtude do enfoque subjetivo que Jèze deu à noção.” (JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 39 e 40) De fato, as teorias de Duguit e Jèze se complementam, ainda que a segunda inove em relação à primeira. Além desses dois, muitos são os autores contemporâneos a eles que contribuem para o desenvolvimento do tema em Bordeaux.

<sup>48</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 39.

<sup>49</sup> JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 284 e 285.

Em uma visão bastante realista, o autor admite que as regras e doutrina do serviço público são determinadas e modificadas pelas leis e regulamentos, afirma:

Em resumo, o serviço público é um procedimento – **e não é o único** – que satisfaz a necessidade do interesse geral. Dizer que existe serviço público significa que se devem aplicar regras e teorias especiais, que existe um regime jurídico especial, regime de base legal e regulamentar.<sup>51</sup> (*grifo nosso*)

Em outros termos, importante observar que há outras formas de se atingir o interesse público. Além disso, para Jèze, assim como para Duguit, a identificação de um serviço público varia no tempo, uma vez que os interesses gerais variam de acordo com a vontade dos governantes.<sup>52</sup>

Defendeu que o serviço público se caracteriza com sua criação por lei. Como o serviço público visa satisfazer o interesse geral e ele acarreta limitações às liberdades individuais ou de livre iniciativa, nada mais coerente que se verificar um procedimento legislativo para legitimar a vontade nacional, garantir o contraditório e a publicidade. Jèze reconheceu a influência política nesse contexto de determinação.

A lei pode dizer que a satisfação de um interesse da coletividade ocorrerá necessariamente por um serviço público, exemplo: serviço postal. Ou a lei pode indicar um interesse geral possibilitando a criação de um serviço público. Esse último caso, cabe à autoridade local a decisão de criá-lo ou não<sup>53</sup>. Em outros termos, a Lei pode criar um serviço público de forma expressa ou de forma genérica.<sup>54</sup>

Como nem sempre a criação de um serviço público é de simples identificação, ele não haveria um critério único para reconhecer a vontade do governante, e, sim, um conjunto de circunstâncias que isoladamente não indicariam a existência de serviço público, tais como: regras especiais para assegurar funcionamento e organização; existência de

---

<sup>50</sup> “*el funcionamiento regular e continuo del servicio público es la idea que debe inspirar toda la actividad de los agentes públicos.*” JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 286.

<sup>51</sup> “En resumen el servicio público es un procedimiento – y no el único – con que se da satisfacción a necesidad de interese general. Decir que en todo caso existe servicio público significa que han de aplicarse reglas y teorías especiales, que existe un régimen jurídico especial, régimen de índole legal y reglamentaria.” JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 289.

<sup>52</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 290.

<sup>53</sup> Note-se que Jèze também entende como serviço publico qualquer atividade prestacional do governo tais como serviços de bombeiros e assistência médica. Contudo, sua posição sistematizadora de buscar identificar na lei a existência de serviços públicos é de grande valia.

<sup>54</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. t.2, p. 105 -107.

monopólio; atos de gestão; controle do tribunal de contas; uma autoridade pública que estabeleça determinado serviço como público.<sup>55-56</sup>

Cabe ainda frisar, que, para Jèze, nem todo serviço de interesse público é público. É possível observar estabelecimentos privados prestando serviços que ele chama de “serviços de utilidade pública”. Esses, embora não sejam serviços públicos, podem receber auxílios materiais e financeiros por meio de um ato unilateral, discricionário e revogável do Governo. É dizer, a autoridade pode retirar o auxílio a qualquer tempo, indenizando a entidade pelos danos e prejuízos que essa retirada cause.<sup>57</sup>

É a noção de serviço público que determinará a aplicação dos regimes jurídicos. Ou seja, uma vez identificado um serviço público, o regime aplicado será o público. Em sua concepção, regime público implica dizer que haverá aplicação de recursos públicos, e, portanto, regras de contabilidade pública. Além disso, ao se realizar uma obra pública de/para um serviço público, pode-se ocupar terrenos particulares ou até expropriá-los em função da utilidade pública.<sup>58-59</sup>

Nessa medida, os atos praticados por agentes do serviço público são atos administrativos e podem estar sujeitos a alegação de abuso de poder. As responsabilidades patrimoniais e dos agentes são regidas por regras especiais e, portanto, são julgadas pelos tribunais administrativos<sup>60-61</sup>.

Em síntese, para a compreensão do sistema de telecomunicações brasileiro é fundamental entender que a noção de serviço público se caracteriza por criação ou permissão legal e visa satisfazer o interesse geral. Contudo, nem toda atividade de interesse público será necessariamente prestada por um serviço público.

---

<sup>55</sup> Lembre-se que um serviço pode ser público e deixá-lo de ser; essa característica varia no tempo.

<sup>56</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 291, 292 e 293, respectivamente.

<sup>57</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 304, 305 e 324.

<sup>58</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 287.

<sup>59</sup> Adianta-se que essa situação é verificada no regime público das telecomunicações, art. 100 da LGT.

<sup>60</sup> Ressalta-se que esse argumento é válido para a realidade francesa que tem um tribunal administrativo. No direito brasileiro não se conhece essa situação.

<sup>61</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 288.

Jèze ensina que primeiro é preciso identificar a existência de um serviço público para depois a ele aplicar o regime especial. Contudo, na prática, como nem sempre a lei é explícita, é a análise de circunstâncias tais como a existência de regime especial que permitirá a identificação de um serviço público.

Considerando os limites legais da LGT, é no regime público do setor de telecomunicações, como se verá no próximo capítulo, que se identificam os serviços públicos.

## 1.2. ELEMENTOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Não seria demais afirmar que as propostas de definições vindouras embasam-se nessas escolas francesas e delas retiram elementos, ainda que proponham alterações de perspectivas.

Independente de novos pontos de vista, a premissa de que os serviços públicos variam no tempo e no espaço é válida e irrefutável. É possível que essa característica seja um fator desfavorável a uma definição uníssona.

Juan Ramos, em obra de 1936, *La Concesión de Servicios Públicos*, endossa esse pensamento ao citar o doutrinador Rodolfo Bullrich:

[N]ão é coisa simples ter uma noção exata dos serviços públicos, pois em cada caso particular essa noção será verificada por um conjunto de fatores morais, políticos, físicos e econômicos predominantes. Além disso, os autores, ao buscarem definir serviço público, fazem-no a partir de pontos de vista distintos, fator que complica mais o problema e etc.<sup>62</sup>

No direito pátrio, a CF/88 usa a expressão “serviços públicos” com distintas intenções: (a) “Somente mediante sua prévia e expressa opção, (...) poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público (...)” (art.40, §16); (b) “organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por

---

<sup>62</sup>De ahí que el mismo Dr. Bullrich se vea obligado a reconocer (“Curso”, Tomo I, p. 204): no es cosa fácil dar una noción exacta de los servicios públicos, pues en cada caso particular ha de surgir ella del conjunto de los factores morales, políticos, físicos y económicos predominantes. Además, los autores, al tratar de definir los servicios públicos, lo hacen desde puntos de vista distintos, con lo cual se complica más el problema’etc. RAMOS, Juan P. *La concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1937, p. 129.

meio de fundo próprio” (art. 21, XIV); (c) “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art.175)

A doutrina normalmente classifica a expressão “serviço público” em *sentido amplo* e em *sentido estrito*<sup>63</sup>. “Uma das tarefas mais complicadas para a doutrina é identificar quando a Constituição faz uso da expressão em um sentido ou em outro.”<sup>64</sup>

Na prática, essa diferenciação dependerá de análise casuística e do conceito de serviço público adotado. Nos exemplos apresentados, não resta dúvida que as opções (a) e (b) referem-se ao serviço público em *sentido amplo*, ou seja, toda e qualquer referência às atividades do Estado.

O serviço público em *sentido estrito*, por sua vez, são aquelas atividades desempenhadas sob a égide do art. 175 da CF/88 e que são passíveis de delegação. E é essa noção de serviço público que interessa a esse trabalho.

A doutrina tradicionalmente reconhece três critérios ou elementos formadores do serviço público: subjetivo, formal e material<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> O serviço público em *sentido amplo* seriam todas as funções e atividades desenvolvidas pelo Estado, é dizer, a concepção de Duguit. Já os serviços em *sentido estrito* seria o serviço público propriamente dito. “Restritos são os conceitos que confiam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.)

Há também a possibilidade de “distinguir entre serviços públicos privativos do Estado e os serviços públicos não-privativos do Estado. Nesta última categoria estão os serviços de educação (arts. 205 e 209) e saúde (arts. 196 e 199), que não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares, uma vez que a Constituição não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, os serviços são de todo modo qualificados como de relevância pública (art. 197. primeira parte). Submetem-se, apenas, a uma autorização e fiscalização do Poder Público, que as efetua no exercício normal da sua polícia administrativa. O Estado, portanto, jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação* In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71, p.47)

A terminologia “serviços públicos não-privativos do Estado” não parece ser a mais adequada por gerar confusão com o conceito de serviço público que se pretende desenvolver. Nesse sentido, prefere-se a utilizada por Odete Medauar, oriunda dos ensinamentos de Jèze, que classifica os serviços de educação e saúde “serviços de utilidade pública”. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 314 e 315.)

<sup>64</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

O primeiro se dá pelo fato de reconhecer que a criação do serviço público depende de lei e será gerido direta ou indiretamente pelo Estado. Já o elemento formal relaciona-se ao regime jurídico ao qual o serviço público é prestado, é dizer, total ou em partes dentro do direito público.

Já o terceiro elemento, material, refere-se à premissa de que o serviço público deve ter um caráter essencial<sup>65</sup>, deve atender a necessidades públicas. Ressalta-se o entendimento, de que essa afirmação não deve gerar uma conclusão de que as necessidades sociais serão sempre satisfeitas por meio de serviços públicos como já ensinara Jèze.

De fato, para o setor de telecomunicações, dos três elementos apresentados, o terceiro, se percebido isoladamente, não permitirá uma identificação correta de serviços públicos. Esse tema será tratado no item 2 deste capítulo.

Considerando os três elementos (subjetivo, formal e material), percebe-se que os autores propõem definições que enfocam em graus variados cada um desses critérios. Em geral, nenhum deles é ignorado, muito embora não sejam imprescindíveis.<sup>67</sup>

Marcello Caetano<sup>68</sup> entende serviço público como a forma “de atuar da autoridade pública, a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”. A caracterização de serviço como público depende dos seguintes aspectos:

---

<sup>65</sup> Para aprofundar o tema: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 151 a 158.

<sup>66</sup> Sobre o tema, Paulo Alberto Pasqualini que reelaborou o livro de Ruy Cirne Lima: “Existencial quer dizer essencial, quer significar indispensável à promoção do bem individual e do bem coletivo. Liga-se o conceito de existencial ao de utilidade pública, que, também já o dissemos, é a expressão orgânica do bem comum, a definição deste, quanto aos meios e processos, capazes de realizá-lo. O bem comum é mais do que a simples multiplicação aritmética, pelo número de indivíduos da coletividade, do bem de cada qual. Sujeito a que o bem comum se proponha, somente pode ser o homem - o indivíduo, na sociedade, enquanto componente dela, ou seja, enquanto parte do todo, interessado como tal na conservação deste. À sua vez, e ainda como consequência, a distinção entre o bem individual e o bem comum somente pode estar em que o primeiro vai referido ao indivíduo sobre si, ao passo que o último se lhe refere, enquanto parte do todo, cuja conservação lhe é um bem, em si mesma: “alia est ratio boni communis et boni singularis, sicut alia est ratio totius et partis”, advertia Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, I, II, q. 94, art. 2).” LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 7. ed., rev e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 207.)

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

<sup>68</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 216.

- a) Geralmente aparece como serviço administrativo, criado ou permitido por lei e organizado em função do tipo de atividade a se desempenhar e com apoio de autoridade pública;
- b) Destinado fundamentalmente à prestação de utilidades concretas aos indivíduos, “prestação de bens materiais ou imateriais (serviços no sentido subjetivo), aos indivíduos singularmente considerados.”;
- c) Propõe-se a satisfazer uma necessidade coletiva individualmente sentida.

Para Odete Medauar<sup>69</sup> serviço público significa prestações. “[S]ão atividades que proporcionam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí prestação de infra-estrutura (arquivo, arrecadação de tributos).” Ainda segundo ela, abrange “prestações específicas para determinados indivíduos – água, telefone – e prestações genéricas – iluminação, limpeza de ruas.” A caracterização de serviço como público depende dos seguintes aspectos:

- a) Vínculo orgânico com a Administração: a.1) presume-se serviço público quando a Administração presta o serviço; a.2) quando a Administração deve participar da organização, de acordo com o fixado no art. 175 da CF/88, sendo as demais atividades serviços de utilidade pública, exemplo: educacionais e assistências;
- b) Regime jurídico: “a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo (...) não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito público.”

Já Ruy Cirne Lima<sup>70</sup> considera que serviço público é o serviço existencial, “relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.” Para o autor, as características do serviço público são:

---

<sup>69</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 314 e 315.

<sup>70</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82 e 83.

- a) atividade que visa a dar satisfação a necessidades de interesse geral, é dizer, “condição de existência relativamente à sociedade”;
- b) serviço prestado direta ou indiretamente pelo Estado ou outra pessoa administrativa, é dizer, titularidade do Estado;
- c) organização de bens e pessoas constituídos a executar o serviço;

Themistocles Brandão Cavalcanti entende que a “noção de serviço público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias.”<sup>71</sup> E conclui:

- a) que a noção de serviço público varia no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude da intervenção do Estado;
- b) que varia, ainda, de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica;
- c) que o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público, em geral, sem visar benefício e interesses individuais;
- d) que a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários à classificação dos serviços públicos;
- e) que não se deve confundir *serviço público* com os *serviços puramente administrativos* que se compreendem numa esfera mais restrita.<sup>72</sup>

Observa-se entre as definições propostas que o serviço satisfaça um interesse público, seja prestado direta ou indiretamente pelo Estado e que, em razão dessa intervenção estatal, há um regime especial que rege a prestação.

## 2. PROPOSTA DE ENTENDIMENTO

A partir de todo o exposto, em especial dos ensinamentos de Jèze, entende-se que o mais eficaz não seria se concentrar na definição de serviço público, mas em suas

---

<sup>71</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 204.

<sup>72</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 206 e 207.



características, norteados pelos estudos doutrinários e em especial as descritas na CF/88. Assim sendo, a fim de se identificar se a atividade é serviço público em *sentido estrito*, propõe-se verificar se <sup>73</sup>:

- a) o Estado é o titular do serviço, ou seja, se, por meio de normas, direta ou indiretamente, opta-se por assegurar a existência de serviço essencial;
- b) o serviço pode ser prestado diretamente ou se é passível de delegação. De acordo com o art. 175 CF/88, apenas concessão e permissão são as formas de delegação de serviço público;
- c) exige-se a satisfação dos princípios do serviço público, além de regras específicas, pelas quais se verifica casuisticamente a ingerência do Estado <sup>74</sup>;
- d) a remuneração do serviço é obtida mediante pagamento (tarifas ou taxas) do usuário que teve o serviço prestado, salvo exceções legais <sup>75</sup>;

Verificadas essas características, estar-se-á diante de um serviço público que demandará tratamento de regime especial, regime público. Cabe a ressalva de que a confirmação ou ausência de um dos itens não necessariamente indicará a existência de serviço público. Ou seja, os itens devem ser verificados cumulativamente.

Aspectos gerais de cada uma dessas características são aprofundados nos itens que se seguem. Esse entendimento se faz necessário para compreender o próximo capítulo, inserido nas especificidades do direito das telecomunicações.

Nele se analisa o setor de telecomunicações com mais detalhes. Adianta-se, o juízo de que da combinação do art. 175 da CF/88 com o art. 21, XI da CF/88 somados à LGT, pode-se identificar que os serviços de telecomunicações prestados mediante concessão ou

---

<sup>73</sup> Considerando, porém, sem reproduzir integralmente ou seguir fielmente o pensamento de Fernando Aguillar. AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19 e 20.

<sup>74</sup> A hipótese de bens reversíveis e auditorias dos tribunais de contas são exemplos dessa situação.

<sup>75</sup> “Não sendo a tarifa suficiente para adequar a remuneração do concessionário à modicidade que deve permear a sua fixação, a Lei nº 8.987/1995 prevê outras formas, alternativas, de remuneração do concessionário de serviços públicos.” (BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.)

Acredita-se também na possibilidade de um serviço público específico prever em lei forma distinta de remuneração.

permissão, que estão sob a égide de um regime público, serão classificados como serviço público.

Já os serviços de telecomunicações prestados mediante autorização não serão classificados como serviço público, embora as modalidades de serviço prestadas no regime privado de telecomunicações tenham relevância social, sejam essenciais.

## **2.1. TITULARIDADE DE UM SERVIÇO ESSENCIAL**

A primeira das características propostas para identificar um serviço público é o fato de o Estado ser o titular do serviço, ou seja, o legislador direta ou indiretamente opta por assegurar a existência de serviço essencial.

### **2.1.1. PREVISÃO NORMATIVA**

O art. 175 da CF/88 incumbe ao poder público a prestação de serviços ou diretamente ou por delegação. É dizer, o Estado assegura a prestação de um serviço. Porém, o artigo não enumera quais seriam os serviços públicos, permanecendo o questionamento de como identificá-los.

Alinha-se ao grupo chamado por Fernando Aguillar de “convencionalista/legalistas” composto por: Carlos Ari Sundfeld<sup>76</sup>, Dinorá Adelaide de Musetti Grotti<sup>77</sup>, Odete Medauar<sup>78</sup>, Alexandre Aragão<sup>79</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>80</sup>, dentre outros, que defendem a possibilidade de serviços públicos serem referidos e identificados tanto no corpo da Constituição quanto nas normas infraconstitucionais.

Fernando Aguillar, por sua vez, defende que os serviços públicos são listados apenas na CF/88.<sup>81</sup> Assim, o autor acredita não ser possível que lei ordinária submeta

---

<sup>76</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 317-328, p. 318.

<sup>77</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 65.

<sup>78</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 314 e 315.

<sup>79</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157.

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

<sup>81</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva,

atividades econômicas ao regime de serviços públicos. Sua tese é que a CF/88, diferentemente da CF/67-69, não permitiu a monopolização de atividades econômicas pelo Estado sem emenda constitucional. “Permitir-se que serviços públicos novos sejam criados fora da Constituição seria equivalente a monopolizar por lei ordinária um setor da economia.”<sup>82</sup>

Há ainda uma terceira corrente, identificada por Fernando Aguillar como “essencialistas”. Esses acreditam que os serviços públicos podem ser definidos com apoio da doutrina como decorrência de necessidade de controle estatal em determinadas atividades com fulcro em proteger os direitos fundamentais. Nessa última, cita Eros Grau<sup>83</sup> e Marçal Justen Filho<sup>84</sup> e crê-se poder incluir nessa categoria Ruy Cirne Lima<sup>85</sup>

Em síntese, referindo-se ao elemento subjetivo dos serviços públicos, parece mais acertado o entendimento de que base legal, ainda que infraconstitucional, possa definir a obrigação de um ente federativo assegurar a prestação de determinado serviço considerado essencial.

Na LGT, como dito na Introdução, os serviços de telecomunicações são divididos em dois regimes: público e privado. Determina o art. 64 da LGT que serão prestados no regime público “as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.”

#### 2.1.2. SERVIÇO ESSENCIAL

O elemento material do serviço público, como já estudado refere-se ao caráter de essencialidade do serviço. Entende-se que todo serviço público é um serviço

---

2011, p. 36.

<sup>82</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

<sup>83</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267, p. 259 e 265.

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 480.

<sup>85</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82 e 83.

essencial, porque lei assim determina. Contudo, nem todo serviço essencial é serviço público.

Determina o art. 9º, §1º da CF/88: “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.” Esse parágrafo foi regulamentado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989<sup>86</sup>, também conhecida como Lei da Greve. O art. 10 dessa lei enumera serviços ou atividades essenciais, são elas: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

Considerando o conceito estrito de serviços público adotado nesse trabalho, a distribuição de medicamentos e alimentos ou compensação bancária, por exemplo, não se enquadram nessa noção. Já assistência médica e hospitalar e telecomunicações, dependendo da situação, podem ser classificadas como serviço público. No entanto, independente da definição de serviço público que se adote, são serviços essenciais em razão do interesse público, por previsão legal.

Cumprе esclarecer que o princípio da supremacia do interesse público já não se relaciona única e exclusivamente às necessidades próprias do Estado enquanto instituição que cumpre e faz cumprir uma regra. Ao contrário, “dá lugar à máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa.”<sup>87</sup>

Nesse sentido, cumpre destacar o entendimento de Agustín Gordillo que bem sintetiza a relação entre interesse público e serviços essenciais:

Só há interesse público quando, em uma maioria de indivíduos, cada um pode encontrar seu interesse individual: o ‘interesse público’ sem que cada indivíduo possa encontrar e identificar sua porção concreta de interesse individual é uma falácia. **Há interesse público nos serviços** de transportes, água, correios, **telefones**, eletricidade, porque **cada indivíduo de uma maioria de habitantes tem o interesse**

<sup>86</sup> BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm)> Acesso em: 20 jan. 2014.

<sup>87</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.204.

**pessoal e direto** em viajar, **comunicar-se** por escrito e **por telefone** e ter energia elétrica. **Esse interesse público consiste em que cada individuo seja bem atendido na prestação do serviço.** (...) Quando um serviço se efetiva em prestações individuais, o usuário é o objeto principal do serviço e a quem o regime jurídico deve proteger.<sup>88</sup> (*grifo nosso*)

Note-se que telecomunicações é serviço essencial. A essencialidade é um dos elementos que caracteriza um serviço público. Tanto é assim que, de acordo com a LGT, uma parte dos serviços de telecomunicações, aqueles prestados em regime público, será assegurado pela União e, em razão dessa característica somada as demais, será serviço público. Contudo, isso não quer dizer que todos os serviços de telecomunicações serão públicos<sup>89</sup>, como explorado no próximo capítulo.

## 2.2. DELEGAÇÃO

O serviço público pode ser prestado diretamente ou por meio de delegação. A possibilidade de delegar é a segunda das características que auxiliam na identificação dos serviços públicos.

### 2.2.1. OPÇÃO CONSTITUCIONAL

A ausência de definição unânime de serviço público não impede que o Estado delegue atividades de sua titularidade. A possibilidade de delegar é uma das características dos serviços públicos.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> “Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el ‘interés público’ en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia. Hay interés público en los servicios de transportes, agua, correos, teléfonos, electricidad, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica. Ese interés público consiste en cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. (...) Cuando un servicio se efectiviza en prestaciones individuales el usuario es el objeto principal del servicio y es a él quien el régimen jurídico debe proteger.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: La defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. San Pablo: F.D.A., 2003. t.2, p. VI-30.

<sup>89</sup> “*Son única e exclusivamente servicios públicos aquellas necesidades de intereses general que los gobernantes en cierto país y en una época determinada han resuelto satisfacer por procedimiento del servicio público. Sólo importa considerar la intención de los gobernantes. La opinión de los tratadistas carece de interés. El criterio personal del jurista que resuelve la dificultad es indiferente*” JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928, p. 290.

<sup>90</sup> Para Fernando Aguillar, a partir da CF/88, em especial do art. 175, no Brasil, deixam de existir serviços públicos indelegáveis. Para ele, as atividades indelegáveis classificam-se como funções públicas. AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

Enuncia o art. 175 da CF/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A CF/88, no art. 175, faculta ao Poder Público delegar a prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão. “Em outras palavras, a CF/88 não impõe como regra a concentração regulatória operacional, o que significa que o Estado deve escolher a política pública aplicável a cada serviço público(...).”<sup>91</sup>

Uma das justificativas para a delegação e a discussão sobre o que é ou deveria ser papel do Estado.<sup>92</sup> Outra, alinhada a primeira, seria o fato de o Estado não ter a vocação de gestor e por isso não atuar da forma mais eficiente na prestação de serviços. Em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 46/DF, que julgou a existência de exclusividade do serviço postal, o ministro relator Marco Aurélio, em seu voto, menciona o principal motivo de ineficiência<sup>93</sup> do Estado em gerir empresas:

Estudos realizados em diferentes países (...) demonstram que a principal causa de ineficiência das empresas estatais é o excesso de intervenção política na gestão empresarial, o que resulta em uma desprofissionalização e atecnicidade dos dirigentes.<sup>94</sup>

E completa:

---

<sup>91</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20 e 52.

<sup>92</sup> Na introdução ao se contextualizar o momento histórico-político da reestruturação do setor de telecomunicações essas ideias foram exploradas.

<sup>93</sup> Como já dito, a eficiência, além de princípio de serviço público, é um princípio constitucional previsto no art. 37 da CF/88 que norteia toda a Administração. Sugere-se releitura da alínea que trata “princípio da eficiência”.

Para Cristiane Derani, esse princípio deve ser compreendido em um contexto jurídico maior e “com elementos da vida a que ele se refere” (...) “Um Estado eficiente é aquele que sabe operar suas instituições de modo a melhor atingir seus fins. Em outras palavras, o Estado é eficiente quando a administração pública é capaz de fazer uso do poder que detém para cumprir com todas as suas funções, em perfeito atendimento aos princípios que suportam sua atividade, concretizando a finalidade máxima de generalização do bem-estar ou de distribuição equitativa da riqueza social por todos os integrantes da sociedade.” DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.142 e 143

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 46/DF. Tribunal Pleno. Arguente: ABRAED - Associação brasileira das empresas de distribuição. Arguido(a/s): Empresa brasileira de correios e telégrafos – ECT. Intimado(a/s): Sindicato nacional das empresas de encomendas expressas; Associação brasileira de empresas de transporte internacional – ABRAEC. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 18 dez. 2013. fls.37 do voto do Marco Aurélio.

Nesse teor, bem advertiu o professor da Faculdade de Lisboa Marcello Caetano, ao afirmar que, em uma sociedade com economia de mercado, somente se justificaria a assunção, pelo Estado, de serviços públicos de natureza econômica – com a correlata exclusão da iniciativa privada – se esta tivesse se revelado insuficiente ou deficiente, ou ainda se, para o interesse público, houvesse se mostrado deveras perigosa a insegurança na competição entre as empresas ou a oscilação dos preços(...)<sup>95</sup>

Cumprir observar que essas discussões sobre se o Estado deveria prestar diretamente serviços públicos não são novas. Juan Ramos cita conclusões de M. Matter perante o Tribunal de Conflitos no *Arrêt Bac D'Eloka*, também chamado “questão comercial africana” (ano 1921):

Esta doutrina, a qual M. Matter atribui todo o peso de sua autoridade, expressa, na ordem jurídica, as ideias dos economistas da escola liberal. O papel do Estado é essencialmente de polícia. Se, por força das circunstâncias, o Estado é chamado a intervir na ordem econômica, deve ser bem entendido que se tratam de intervenções “ocasionais, acidentais”, que permanecem fora da atividade própria, natural, do Estado. Desse modo, chega-se a negar, de acordo com M. Matter, o caráter de serviços públicos à exploração ferroviária pelo Estado, de um bonde por um órgão. São “atos de uma incontestável utilidade para a coletividade, contudo, não provêm de uma função necessária do Estado.”<sup>96</sup>

A opção por delegar é antes de tudo um ato do poder público.<sup>97</sup> Por meio de licitação será escolhida a proposta mais vantajosa ao interesse público, observados os princípios constitucionais e a legislação específica tanto ao serviço quanto ao procedimento da delegação.

---

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF nº 46/DF*. Tribunal Pleno. Arguente: ABRAED - Associação brasileira das empresas de distribuição. Arguido(a/s): Empresa brasileira de correios e telégrafos – ECT. Intimado(a/s): Sindicato nacional das empresas de encomendas expressas; Associação brasileira de empresas de transporte internacional – ABRAEC. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 18 dez. 2013. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fls.41.

<sup>96</sup> “Esta doctrina, a cual M. Matter aporta todo el peso de su autoridad, expresa, en el orden jurídico, las ideas de los economistas de la escuela liberal. El papel del estado es esencialmente de policía. Si por la fuerza de las cosas, las administraciones son llamadas a intervenir en el orden económico, queda bien entendido que se trata entonces de intervenciones “ocasionales, accidentales”, que permanecen fuera de la actividad propia, natural del Estado. De ese modo se llega a negar, de acuerdo con M. Matter, el carácter de servicios públicos a la explotación de un ferrocarril por el Estado, de un tranvía por un departamento. Son “actos de una incontestable utilidad para la colectividad, pero no provienen de una función necesaria del Estado.” RAMOS, Juan P. *La concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1937, p. 131.

<sup>97</sup> “uma atenção particular deve ser igualmente dada ao poder do Estado de dispor sobre a oportunidade desse processo.” DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 119.

Em que pese a possibilidade de se falar em outras formas de descentralização<sup>98</sup> como o arrendamento, a franquias, o credenciamento, contratos de gestão, convênios, consórcio públicos, entre outros, o foco deste trabalho é tratar da delegação de serviços públicos: concessão e permissão, de acordo com a determinação do art. 175 da CF/88.

Como sabido, o art.175 da CF/88 faculta a delegação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão. Em seu parágrafo único, determina que lei disporá sobre o regime das empresas, seus contratos, condições de fiscalização e extinção contratual, além de tratar dos direitos dos usuários, políticas tarifárias e manutenção do serviço. Note-se que esses dois últimos são princípios do serviço público.

## 2.2.2. LEI DAS CONCESSÕES

Depois de vários projetos<sup>99</sup> recebidos no Congresso para regulamentar as concessões, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995<sup>100</sup> veio cumprir essa determinação constitucional do art. 175, ainda que essa lei já tenha sofrido inúmeras modificações posteriores (Leis nº 9.074/1995<sup>101</sup>, nº 9.648/1998<sup>102</sup>, nº 9.791/1999<sup>103</sup>, nº 11.196/2005<sup>104</sup>).

A edição dessa lei, conhecida como Lei das Concessões, insere-se em um momento histórico de reformulação de visão e papel do Estado, já referido na Introdução. Nesse sentido, Fernando Henrique Cardoso, prefaciando obra sobre a nova Lei de Concessões, registra que:

---

<sup>98</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317. A autora Maria Sylvia tem livro dedicado ao tema. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização. parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>99</sup> Inclusive anteriores a CF/88. Para entender breve histórico cf. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

<sup>100</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>101</sup> BRASIL. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9648cons.htm)>. Acesso em: 15 jan.2014.

<sup>103</sup> BRASIL. Lei nº 9.791, de 24 de março de 1999. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9791.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9791.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

<sup>104</sup> BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm)>. Acesso em: 15 jan.2014.



A perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infraestrutura tem implicações preocupantes. Compromete a qualidade da prestação dos serviços públicos, e causa desequilíbrios econômicos pela elevação do chamado 'custo Brasil'. A sanção da Lei das Concessões teve como principal objetivo dotar o poder público de um instrumento para melhorar o padrão de vida dos usuários e gerar empregos com retomada das obras, sanando o significativo déficit de investimentos, inclusive nos âmbitos estaduais e municipais.<sup>105</sup>

Arnoldo Wald entende que, na edição da Lei de Concessões, a política legislativa buscou atingir os diversos aspectos importantes para estimular o desenvolvimento do Brasil.<sup>106</sup> Cita a intenção de eliminar reserva de mercados, atenuando características monopolistas dos serviços públicos e aumentando a capacidade de atuação das empresas que investem e se remuneram por tarifa.

A Lei nº 8.987/1995 trouxe um conceito geral de concessão e isso não impede inovações legislativas que não sejam de competência própria da Lei de Concessões ou que considerem especificidades do setor.<sup>107</sup>

Da mesma forma, acredita-se que leis setoriais possam identificar situações específicas de determinado mercado que condicionem tanto a concessão quanto a permissão de serviços públicos. É o caso da LGT que, em seu art. 210, exclui a aplicação da Lei de Concessões.

Mesmo com essas ressalvas, acredita-se não haver qualquer desconforto ou incongruência em afirmar que a Lei nº 8.987/1995 serve como “norte”, tem um caráter consolidador de dispositivo constitucional. “A Lei nº 8.987/1995 também contribui para a fixação do perfil da concessão(...)”<sup>108</sup>

O estudo acerca de delegação de serviço público frequentemente tem como base a Lei de Concessões, ela serve como base comparativa. Muito embora, a LGT exclua sua aplicação e apresente especificidades do setor, é imperioso notar que as observações da doutrina sobre princípios e remuneração tarifária são aplicáveis a ela.

---

<sup>105</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. “Préfacio”, In: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 7.

<sup>106</sup> WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 74 e 75.

<sup>107</sup> Na mesma linha, parece seguir Diogo de Figueiredo. Cf: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 423.

<sup>108</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 371.

Dito isso, no próximo capítulo se apresentam os contornos, e essas especificidades, da delegação no âmbito da LGT. No setor, a outorga de serviços de telecomunicações por determinação constitucional, art. 21, XI, pode se dar por meio de concessão, permissão ou autorização.

A LGT no art. 63, parágrafo único, determina que o serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão. Já no âmbito do regime privado, os serviços são prestados mediante outorga de autorização.

No próximo capítulo, a partir dessas três formas de outorga, essas características dos serviços públicos serão revisitadas com maior profundidade.

### 2.3. PRINCÍPIOS

Os princípios dos serviços públicos auxiliam a individualizá-los das demais atividades prestadas pela Administração ou pela iniciativa privada. Servem, ainda, como pontos comuns entre os diferentes serviços públicos<sup>109</sup>. Além disso, determinam obrigações e direitos dos usuários, pelas quais se verifica casuisticamente a ingerência do Estado.

Essa relação é bem resumida por Carlos Bastide Horbach:

[E]sses princípios são a origem das regras jurídicas que governam as relações dos serviços e de seus gestores com os particulares, os usuários de serviços públicos; razão pela qual, além de serem relevantes na aplicação e interpretação dos dispositivos legais, tais princípios caracterizam direitos dos usuários, que são oponíveis perante o Estado e seus delegatários.<sup>110</sup>

Vale lembrar que alguns dos princípios considerados como característicos dos serviços públicos também podem ser aplicados a atividades privadas. Em outras palavras, verificada a imposição legal de um dos princípios na atividade privada, isso não significa que ela deverá ser classificada como pública.

---

<sup>109</sup> DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 5ª edición, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 532.

<sup>110</sup> HORBACH, Carlos Bastide. Os princípios do serviço público na França e no Brasil. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 549-564, p. 553.

Diante desse contexto, seria importante definir um núcleo de princípios. É dizer, aqueles que devem necessariamente ser observados pelos serviços ditos públicos, não apenas de forma alternativa.

Louis Rolland, integrante da Escola de Bordeaux, é tido como o primeiro a pensar em princípios para os serviços públicos,<sup>111</sup> são eles: vínculo estatal da atividade que deve promover o bem comum; a continuidade do serviço prestado<sup>112</sup>; a adaptabilidade e modificação de sua organização; e a igualdade entre os usuários<sup>113</sup>.

Para Roberto Dromi, os princípios seriam: continuidade; regularidade; generalidade ou igualdade; e obrigatoriedade.<sup>114</sup>

Para Odete Medauar, os serviços públicos estão submetidos a um funcionamento baseado nos seguintes princípios: equidade ou igualdade ou paridade em tratamento; continuidade; possibilidade de modificar o modo de execução<sup>115</sup>; e eficiência.<sup>116</sup>

Dinorá Grotti, ao analisar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais enumera os seguintes princípios: continuidade; regularidade; igualdade ou uniformidade, neutralidade; generalidade ou universalidade; obrigatoriedade; mutabilidade ou adaptação constante; modicidade tarifária; participação dos usuários; cortesia; eficiência; e responsabilidade.<sup>117</sup>

Entende-se que os serviços públicos são aqueles que podem ser prestados nos termos do art. 175 da CF, logo, os princípios base devem ser os extraídos da lei que regulamenta o supracitado artigo constitucional. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei das Concessões, enumera os princípios norteadores dos serviços públicos.

---

<sup>111</sup> Sua intenção inicial era orientar os campos de atuação do direito administrativo. Contudo, com o descolamento das noções de serviços públicos e direito administrativo, esses princípios servem ao primeiro.

<sup>112</sup> Em suas palavras: "*les services publics sont des entreprises régulières et continues.*" (ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947, p. 18)

<sup>113</sup> ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947, p. 17 e 18.

<sup>114</sup> DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 5ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 532.

<sup>115</sup> Também conhecido como atualidade.

<sup>116</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 316 e 317.

<sup>117</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71. p. 50 a 62.

Há de se considerar que alguns serviços públicos são “regidos por outras normas e princípios específicos, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, de forma a possibilitar o atendimento dos seus objetivos.”<sup>118</sup> É o caso da LGT. Contudo, como já dito, a Lei de Concessões serve de parâmetro para as delegações de serviços públicos e didaticamente enumera princípios para uma prestação adequada.

Diz o art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/1995 que os serviços públicos devem ter prestação adequada satisfazendo “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

A seguir serão sucintamente mencionados cada um desses princípios. Cabe a ressalva de que, dependendo dos serviços, eles ganharão maior ou menor relevo.

O princípio da continuidade significa dizer que o serviço público deve ser prestado sem interrupções, salvo exceções legais. “O princípio da continuidade do serviço público deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz.”<sup>119</sup>

A indispensabilidade é argumento para defender a impossibilidade de interrupção dos serviços delegáveis por falta de pagamento. Luiz Antônio Nunes entende que a interrupção do fornecimento por inadimplemento seria forma de coação ao pagamento, salvo quando comprovada fraude do usuário.<sup>120</sup>

Contudo, o entendimento que prevalece é o pacificado no STJ<sup>121</sup>, ou seja, é lícita a interrupção por falta de pagamento após prévio aviso.

---

<sup>118</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39-71, p. 49.

<sup>119</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 51. A autora, ao fazer a afirmação, cita José Maria Souvirón Morcilla. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*. Granada: Comaras, 1998, p. 512.

<sup>120</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material* (1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 309.

<sup>121</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 592477/RJ*. Quarta Turma. Recorrente: Simone Neves. Recorrido: Telmar Norte Leste s/a. Relator(a): Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301611800&dt\\_publicacao=08/06/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301611800&dt_publicacao=08/06/2009)>. Acesso em 15 jan. 2014.

Apoia-se essa corrente sob o argumento de que a não interrupção afeta os princípios da igualdade e da modicidade tarifária. Se o serviço não fosse interrompido por não pagamento isso geraria um enriquecimento sem causa dos inadimplentes e afetaria o custo do serviço para a coletividade.<sup>122</sup>

Enquanto a continuidade determina a realização do serviço público sem interrupções, o princípio da regularidade “se vincula à prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim ou que lhe sejam aplicáveis.”<sup>123</sup>

Logo, a regularidade é algo a mais em relação à continuidade “pois pode ocorrer que um serviço seja prestado com continuidade, mas sem regularidade. No entanto, é impossível o serviço ser regular se não for contínuo.”<sup>124</sup>

Hauriou, Rolland e Cretella Jr.<sup>125</sup>, ao tratarem das características dos serviços públicos, fazem uso das palavras “continuidade e regularidade” de modo conjunto e sequencial. A Lei das Concessões utilizou-se dessa mesma técnica redacional. Embora por determinação legal se tenha que diferenciá-los, entende-se que regularidade seja um corolário da continuidade.

Note-se que a eficiência, além de princípio do serviço público, é um princípio constitucional previsto no art. 37 da CF/88 que norteia toda a Administração.

---

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 363943/MG*. Primeira Seção. Recorrente: Sebastiana Rodrigues da Costa. Recorrido: Companhia Energética de Minas Gerais –Cemig. Relator(a): Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101210733&dt\\_publicacao=01/03/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101210733&dt_publicacao=01/03/2004)>. Acesso em: 15 jan.2014.

<sup>122</sup> Para uma argumentação mais detalhada ver: CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.78.

<sup>123</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 53.

<sup>124</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 53.

<sup>125</sup> “é preciso que sejam prestados de forma regular e contínua.” (CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.4, p. 35)

Para Cristiane Derani, “um Estado eficiente é aquele que sabe operar suas instituições de modo a melhor atingir seus fins.”<sup>126</sup>

Defende que a eficiência no poder público deva alinhar lógica concorrencial e lógica social:

a performance dos serviços públicos não saberia se definir e se avaliar exclusivamente pela ótica das empresas do setor privado. Ela está em função do equilíbrio a atingir entre dois imperativos: respeitar as imposições financeiras e responder às necessidades dos cidadãos-usuários. Este equilíbrio não saberia estar fixado no abstrato e sua determinação incumbe aos tomadores de decisões políticas, levando em conta a situação da coletividade.<sup>127</sup>

Para tanto seria preciso: (i) analisar corretamente as necessidades; (ii) determinar objetivos e programas de acordo com as necessidade; (iii) buscar qualidade nas prestações, e; (iv) buscar melhor produtividade e menor custo na prestação.

Em se optando por delegação de serviços públicos ao setor privado, não restam dúvidas de que o ente privado deverá compatibilizar seu caráter eminentemente empresarial ao fato de ser responsável por prestar um serviço de interesse público.

Há, também, o princípio da segurança. Segundo Diogo de Figueiredo, esse princípio é um corolário do da eficiência que tem como objetivo salvaguardar bens e pessoas.<sup>128</sup>

Nessa mesma linha, Benedicto Porto Neto entende o princípio da segurança como manifestação do princípio da eficiência e afirma que seu fim é determinar a “adoção das técnicas conhecidas e de todas as cautelas e providências possíveis para, em face das circunstâncias, reduzir o risco de danos”<sup>129</sup>

Na mesma linha, Diogo de Figueiredo defende que o princípio da atualidade, chamado por Celso de Mello de “adaptabilidade”<sup>130</sup>, também é manifestação do princípio da

---

<sup>126</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 143.

<sup>127</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 153.

<sup>128</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 419.

<sup>129</sup> PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da lei n 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 86.

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p 694.

eficiência<sup>131</sup>. Em síntese, o princípio visa a atualização e orienta o zelo pelo aperfeiçoamento técnico para uma melhor prestação e expansão do serviço.

Esse princípio é muito ressaltado nos contratos de Concessão dos Serviços de Telefonia Fixa Comutada (STFC). Há uma preocupação patente com a modernização do serviço.

A LGT também põe especial atenção ao princípio da generalidade, também conhecido como universalidade ou igualdade ou uniformidade. Alguns identificam o princípio da igualdade e o da universalidade como distintos, como é o caso de Dinorá Grotti.<sup>132</sup>

Para Roberto Dromi esse princípio serve para que o serviço possa:

ser exigido e usado por todos os habitantes, sem exclusões. O serviço estabelece-se para satisfação de uma necessidade geral ou coletiva. Trata-se de prestações de interesse coletivo.<sup>133</sup>

Diogo de Figueiredo considera esse o mais importante dos princípios setoriais dos serviços públicos por marcar sua vocação universal, isonômica e democrática.<sup>134</sup>

O princípio da cortesia é um dever de toda a Administração Pública, conforme determinado no art. 37, § 3º, da CF/88. “[T]raduz-se em bom acolhimento ao público, constituindo-se em um dever do agente, da Administração Pública ou dos gestores indiretos e, em especial, em um direito do cidadão.”<sup>135</sup>

Por fim, a determinação de modicidade na tarifa ou taxa a ser cobrada pela prestação do serviço visa a permitir um maior acesso a ele. Ou seja, seria um corolário do princípio da generalidade. Nesse sentido, o art. 13, da Lei nº 8.987/1995, possibilitou a fixação de tarifas diferenciadas em função das particularidades técnicas e dos custos específicos originários do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

---

<sup>131</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 418.

<sup>132</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p.55.

<sup>133</sup> “*puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva. Se trata de prestaciones de interes comunitário.*” DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 5ª edición, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 534.

<sup>134</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 415.

<sup>135</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 60.

“Não obstante, a modicidade deve beneficiar os usuários, (...) o custo do serviço não deve recair sobre toda a sociedade (...), mas apenas sobre seus usuários, sob forma de taxas ou de tarifas.”<sup>136</sup>

Entende-se que, na execução dos serviços públicos, todos os princípios elencados pela Lei nº 8.987/1995 devem ser cumpridos. Cada serviço e as normas que o regulem determinam o grau de importância deles e a eventual necessidade de que outros sejam acrescidos.

No caso do setor de telecomunicações, quando se trata de princípios, no âmbito do regime público, observa-se que os que merecem maior atenção são os princípios da continuidade e universalização. São muitas as referências a esses dois princípios no texto da LGT, merecem destaque os artigos 64 e 65 §1º, que são a base de entendimento do próprio regime público.

Nesse último artigo, determina a LGT que “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização”. Considerando o já exposto sobre todos os serviços de telecomunicações serem essenciais, esse parágrafo faz sentido para diferenciar o regime público e privado a partir da identificação do princípio/obrigação de universalização plasmado na LGT. A universalização será estudada no último capítulo.

Por outro lado, diz o art. 126 da LGT que a “exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.”

## **2.4. REMUNERAÇÃO**

A quarta característica para identificação do serviço público é que a remuneração seja obtida mediante pagamento (tarifas<sup>137</sup> ou taxas) do usuário que teve o serviço prestado, salvo exceções legais.

---

<sup>136</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 420.

<sup>137</sup> As expressões “preço público” e “preço de serviços públicos” são utilizadas como sinônimos de tarifa.



“[A]s tarifas são a remuneração paga pelos usuários de serviços públicos prestados por empresas privadas que agem na condição de delegadas do Poder Público.”<sup>138</sup> Já as taxas são recebidas quando o serviço é prestado pelo próprio Poder Público.

Cabe, ainda, citar a Súmula nº 545 do Supremo Tribunal Federal (STF) que diz “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e tem sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação a lei que as instituiu.”<sup>139</sup>

Para fins dessa dissertação, interessa aprofundar a remuneração tarifária.

Como dito, Arnaldo Wald entende que a Lei de Concessões buscou estimular o desenvolvimento do Brasil.<sup>140</sup> Nesse sentido, estabeleceu-se uma política tarifária fundada no valor da proposta vencedora que integrou o contrato e buscou estimular a eficiência das concessionárias, não havendo garantia de remuneração fixa.

Ainda sobre a tarifa como forma de remuneração e sua função, cabe citar Joana Paula Batista:

Entretanto, em jogo a concessão do serviço público, nasce o poder tarifário da Administração, que lhe possibilita fixar tarifas, segundo os termos estabelecidos na proposta da licitação da concessão do serviço, **garantindo-se ao concessionário o equilíbrio inicialmente contratado com o poder concedente.**<sup>141</sup>

A Lei de Concessões trata de um modelo de gestão: remuneração do concessionário por pagamento de tarifa pelo usuário que foi o definido pelo art. 175 da CF/88 (política tarifária). Isso, contudo, não impediu que própria lei permitisse fontes paralelas de remuneração.

Vera Monteiro bem lembra que a Lei nº 8.987/1995 trouxe um conceito geral de concessão e isso não impede inovações legislativas que não sejam de competência

---

<sup>138</sup> MACHADO, Hugo de Britto. *Remuneração dos serviços públicos*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.) *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 268-299, p. 291.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 545*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_501\\_600](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600)> . Acesso em: 18 maio 2014.

<sup>140</sup> WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 74 e 75.

<sup>141</sup> BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 72.

própria da Lei de Concessões. Cita a Lei do Petróleo<sup>142</sup> que estabelece a remuneração da exploração da jazida pelo resultado obtido e não relacionando a remuneração com a figura do usuário ou com o risco envolvido. Entende que o art. 175 da CF/88 não determinou a criação de uma lei geral e sim que a “lei referida no art. 175 só pode ser aquela que faz a modelagem do negócio que envolverá a prestação de serviços públicos a terceiros, que não a própria Administração direta”.<sup>143</sup> Cabe, pois, ao titular do serviço editar autorizar a prestação indireta, estabelecendo parâmetros para o modelo de negócio<sup>144</sup>.

Em síntese, a Lei nº 8.987/95 não trata de todos os modelos de gestão. É possível a edição de lei com outros instrumentos e modelos pelos quais o titular do serviço optar. Como já dito, a Lei de Concessões serve como parâmetro geral e está sendo mencionada para melhor compreensão e comparação com o setor de telecomunicações.

Na LGT, o modelo de serviço público é o prestado em regime público, em que remuneração do concessionário se dá mediante tarifa paga pelo usuário. O art. 83, parágrafo único da LGT, assim define a concessão de serviço de telecomunicações:

... é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

Da mesma forma, o art. 120, III da LGT determina que a permissão será remunerada por tarifa paga pelo usuário. Por outro lado, os serviços de telecomunicações prestados em regime privado serão remunerados por preço. O art. 129 da LGT determina que o preço é livre, salvo abusos econômicos e estipulações regulamentares. O próximo capítulo destina-se a mais bem aprofundar o tema.

---

<sup>142</sup> BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)> Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>143</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 119.

<sup>144</sup> Na mesma linha parece seguir Diogo de Figueiredo cf: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.423.

## **CAPÍTULO 2. SERVIÇOS PÚBLICOS E O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.**

No capítulo anterior, estabeleceu-se uma proposta para identificar serviço público. Sugeriu-se que fosse verificada em lei a ordem de (a) que o Estado assegurasse a existência de serviço essencial; (b) que esse serviço pudesse ser prestado diretamente ou mediante delegação: concessão e permissão (art. 175 CF/88), (c) que esses serviços possuam princípios específicos a serem seguidos; (d) que a remuneração do serviço fosse obtida mediante pagamento (tarifas ou taxas) do usuário que teve o serviço prestado, salvo exceções legais.

Verificadas essas características, estar-se-ia diante de um serviço público que demandaria tratamento de regime especial, regime público.

É fundamental ter em mente os ensinamentos de Jèze sobre a importância de serviços públicos serem relacionados a um regime. Na mesma linha, Brandão Cavalcanti: “o essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir.”<sup>145</sup>

Vale lembrar que a LGT divide as prestações de serviços de telecomunicações em regime público e privado. Para cada um desses regimes, a lei estipula regras a serem cumpridas. No regime público delimitado pela LGT, as quatro características acima dispostas foram identificadas. O mesmo já não se observou no regime privado.

Esse capítulo tem por objetivo ratificar o diagnóstico sugerido no capítulo anterior, aprofundando a discussão de quando, no setor de telecomunicações, estar-se-á diante de um serviço público. Para tanto, em cada um dos dois regimes delimitados pela LGT, serão analisadas as quatro macro características necessárias para identificar um serviço público. Ressalta-se que, ao longo dessas análises, busca-se-á apresentar outras particularidades de cada um dos regimes.

---

<sup>145</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 205.

Acredita-se que a identificação de serviços públicos em apenas um dos regimes do setor de telecomunicações seja o grande marco diferenciador entre eles. E, após solidificada essa diferenciação, no Capítulo 3 será desenvolvido um elemento que une esses dois regimes.

## 1. REGIME PÚBLICO

Embora a CF/88 permita que os serviços de telecomunicações, no art. 21, XI, sejam explorados diretamente, a LGT atém-se somente à exploração pela iniciativa privada<sup>146</sup>. Isso significa dizer que, ao estipular a divisão regime público e regime privado, a LGT está estabelecendo regras com grau de exigência distintos para a iniciativa privada.

Repete-se a definição sugerida na Introdução desse trabalho: serviço de telecomunicações em regime público é aquele que a própria União compromete-se a assegurar, prestado mediante concessão ou permissão, na modalidade de serviços de interesse coletivo<sup>147</sup>, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Lembre-se: art. 63. Parágrafo único. “Serviço de telecomunicações em **regime público é o prestado mediante concessão ou permissão**, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.”(grifo nosso)

<sup>147</sup> Sobre o interesse coletivo descrito na lei, cabe frisar que ele não se confunde com o conceito de interesse público. Trata-se de uma classificação própria do setor, no entanto, os serviços de interesse coletivo estão sujeitos a condicionamentos para que sua exploração atenda o interesse da coletividade (art.17, parágrafo único, da LGT e Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, da Anatel)

O art. 62 da LGT afirma que os serviços de telecomunicações, quanto à abrangência dos interesses a que atendem, classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Por sua vez, o art. 17, da Resolução nº 73/1998, definiu interesse coletivo como “aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação.” AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: jun. 2013.

A distinção entre interesse coletivo e restrito será tratada no item do regime privado.

<sup>148</sup> Definição construída a partir dos art. 63, parágrafo único e art. 64, *caput*, da LGT:

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

No regime público, o foco da LGT é determinar regras de como as outorgas de concessões e permissões devem ser prestadas e desenhar regras que permitam a prestação direta da União quando necessário.

Nesse sentido, esse item analisa as quatro características para a identificação de um serviço público na seguinte ordem e títulos: remuneração; princípios, outorga dos serviços de telecomunicações e titularidades. As quatro características dos serviços públicos serão verificadas.

### **1.1. REMUNERAÇÃO**

A remuneração das concessionárias e permissionárias ocorre por meio de tarifas pagas pelos usuários que usufruem do serviço. Os art. 175, parágrafo único, III, da CF/88, art. 93, VII e 120, III da LGT expressamente determinam que as concessões se remunerem por tarifas.

Assim como dito por Joana Baptista, no capítulo anterior, Marcello Caetano também entende que as tarifas têm dupla função, na relação entre os usuários e concessionário: regular o valor das prestações, enquanto na relação entre concedente e concessionário, regular os termos em que o concedente concorda com remuneração da iniciativa e capital do concessionário<sup>149</sup>.

Cabe à Anatel controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, bem como homologar seus reajustes.<sup>150</sup> Admite-se que as concessionárias possuam fontes alternativas de receitas.<sup>151</sup>

A LGT dedica uma seção<sup>152</sup> às tarifas, que devem respeitar os princípios do serviço público, em especial: generalidade, eficiência e modicidade.

De fato, a existência de uma política tarifária é um dos elementos para identificar um serviço público.

---

<sup>149</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 315.

<sup>150</sup> Art. 19, VII, art. 86, parágrafo único, I da LGT.

<sup>151</sup> Art. 83, LGT.

<sup>152</sup> Art. 103 e ss da LGT.



Tampouco configurar-se-ia abusividade por cobrança excessiva que possibilite vantagem desproporcional ou que seja incompatível com princípios da boa-fé e equidade. A tarifa mínima garante a disponibilização contínua e ininterrupta do serviço.

Diante do grande volume de ações julgadas e jurisprudência consolidada, o STJ editou a súmula nº 356: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.”<sup>156</sup>

## 1.2. PRINCÍPIOS

Como sabido, a LGT determina que, no regime público, as prestações de serviço se deem por meio de concessões ou permissões. Por sua vez, o art. 175 da CF/88 determina que tanto concessionário quanto permissionário mantenham a prestação dos serviços de forma adequada.

De acordo com a LGT, os serviços prestados em regime público devem cumprir, em especial, os princípios da continuidade e universalização<sup>157</sup>.

Logo no início da lei, em seus princípios gerais, indica o art. 5º:

Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e **continuidade do serviço prestado no regime público**.

A LGT define como continuidade as obrigações que permitam aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à sua disposição e em condições adequadas de uso<sup>158</sup>. Essa orientação vale para as concessionárias e para a União.

---

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 356*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=911802&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=911802&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

<sup>157</sup> Art.64 “Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.”

<sup>158</sup> Art.79 § 2º.

Isso significa que a União, por meio da Anatel, quando da extinção da concessão, poderá ocupar bens da concessionária para garantir a continuidade<sup>159</sup> ou proceder licitação para nova concessão ou permissão<sup>160</sup>. Estabelece-se que, com a extinção da concessão<sup>161</sup>, transmitir-se-á automaticamente à União a posse dos bens reversíveis<sup>162</sup>.

De fato, é esse prisma da continuidade que merece destaque no contexto de telecomunicações, concessões e regime público.

Considerando que a União obriga-se legalmente, no âmbito do regime público, a continuar prestando o serviço, isso significa que o Estado deve garantir sua existência, ou seja, ele é o titular dos serviços prestados nesse regime. Posto de outra forma: “Se o serviço público é atividade de titularidade do Estado e o Estado é um ente voltado à permanência, igualmente contínuas devem ser suas tarefas.”<sup>163</sup>

No regime privado, embora existam metas de qualidade que regulam as interrupções dos serviços<sup>164</sup>, não há qualquer imposição legal que obrigue a União a assumir a gestão dos serviços autorizados após sua extinção.

E é sob essa perspectiva que as concessões têm regras mais rígidas e precisam de maior controle na gestão de suas atividades. Cita-se, como exemplo, a preocupação da

---

<sup>159</sup> Art. 117. Extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, poderá:

I - ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade; (...)

<sup>160</sup> Art.118 da LGT.

<sup>161</sup> O art. 112 e ss, da LGT definem cada uma das formas de extinção.

<sup>162</sup> “Reversão é a passagem ao poder concedente dos bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, uma vez extinta a concessão. (...) Essa reversão abrange os bens de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço que a concessionária deve entregar(...)” ESCOBAR, J. C. Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>163</sup> HORBACH, Carlos Bastide. Os princípios do serviço público na França e no Brasil. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 549-564, p. 555.

<sup>164</sup> Interrupção do serviço: cessação temporária, total ou parcial, da prestação do serviço. Art. 2º, VII, do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura aprovado pela Resolução nº 488, de 3 de Dezembro de 2007. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 488, de 03 de dezembro de 2007*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/10-resolucao-488>>. Acesso em: 15 set.2013.)



LGT em estabelecer as regras mínimas para intervenção: em que situação poderá ser decretada por ato da Anatel; critérios que a precedem; e suas condições.<sup>165</sup>

Outro exemplo é a regra do contrato de concessão que dispõe que, havendo riscos à continuidade do serviço, a Anatel poderá negar que a concessionária utilize-se de bens de terceiros, ou ainda, poderá exigir que conste do contrato cláusula pela qual o proprietário se obriga, em caso de extinção da concessão, a manter contrato e em sub-rogar à Anatel os direitos deles decorrentes.<sup>166</sup>

O art. 100 da LGT determina que, por meio de declaração de utilidade pública, poderão ser desapropriados ou instituídas servidões de bens móveis e imóveis necessários à execução do serviço. Cabendo à concessionária a implementação, pagamento de indenização e demais medidas que se fizerem necessárias.

Continuidade e universalização são os dois princípios que a LGT ressalta e aos quais presta especial atenção. No momento, não será objeto de análise o princípio da universalização que visa garantir o acesso a serviço de telecomunicações, independentemente de localização e condição socioeconômica.<sup>167</sup> Isso porque ele será tratado no próximo capítulo deste trabalho, de modo a permitir uma detalhada comparação entre os conceitos de universalização e massificação.

Como dito, os demais princípios dos serviços públicos igualmente se aplicam à concessão. Cita-se, como exemplo, o princípio da atualidade. A indenização de bens a serem revertidos à União ao final da concessão só ocorrerá para os investimentos não amortizados e “que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”<sup>168</sup>

No contrato de concessão do STFC, seu conceito é mais detalhado, sendo utilizado por vezes como sinônimo de modernização que, por sua vez, é pressuposto básico

---

<sup>165</sup> Art. 110 e 111 da LGT.

<sup>166</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010 (anexo 1)*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/40-resolucao-552-anexoi>>. Acesso em: 16 jan. 2014, Cláusula 22.1, §4º.

<sup>167</sup> Art 79, §1º, da LGT.

<sup>168</sup> Art. 102, parágrafo único.

da concessão (cláusulas 5 e 6.1, § 4º<sup>169</sup>). Nesse contexto, chama-se atenção ao *caput* da cláusula 6.1 do contrato de concessão/2010<sup>170</sup> que diz:

Constitui pressuposto da presente concessão a adequada qualidade do serviço prestado pela Concessionária, considerando-se como tal o serviço que satisfaz às condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.  
(...)

Note-se que, além do princípio da atualidade, os demais princípios dos serviços públicos base, já estudados no capítulo anterior, também devem ser cumpridos.

Lembre-se que, no capítulo 1, adotou-se como princípios base dos serviços públicos a serem atendidos aqueles descritos no art. 6º § 1º da Lei de Concessões. Embora o art. 210 da LGT exclua a aplicação da Lei de Concessões, considerando que essa lei fornece o perfil das concessões, não se verifica óbice em utilizá-la. As observações para cada um desses princípios feitas no capítulo 1 valem para o setor de telecomunicações. Vale a ressalva de que coube à LGT e ao contrato de concessão estabelecer o grau de importância e especificidades desses princípios, além, é claro de estabelecer o cumprimento de outros princípios como aqueles enumerados no art. 5 da LGT.

### **1.3. OUTORGA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES**

No regime público de telecomunicações, há critérios bem definidos de como deve ser a prestação do serviço. Essas particularidades legais serão notadas a partir da análise da concessão e permissão. O intuito é que seja identificado mais um dos elementos do serviço público.

---

<sup>169</sup> Cláusula 6.1, § 4º: “A atualidade será caracterizada pela modernidade dos equipamentos, das instalações e das técnicas de prestação de serviço, com a absorção dos avanços tecnológicos advindos ao longo prazo da concessão que, definitivamente, tragam benefícios para os usuários, respeitadas as disposições do presente Contrato.” AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010 (anexo 1)*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/40-resolucao-552-anexoi>>. Acesso em: 16 jan. 2014

<sup>170</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010 (anexo 1)*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/40-resolucao-552-anexoi>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

### 1.3.1. NOÇÃO DE CONCESSÃO

Bullrich, em sua análise, indica que Hauriou define concessão de serviços públicos, como:

uma operação na qual, uma organização de serviço público concedido, vinculada a execução de uma obra pública, se instituiu de acordo com a regulamentação, e as consequências financeiras dessa instituição, assim como as condições de construção e exploração da obra, estão reguladas entre a Administração e o concessionário, pela celebração de um contrato com as obrigações (*cahier de charges*) e tarifas máximas.<sup>171</sup>

Ainda que relacionada a obra pública, a definição de concessão de serviços públicos de Hauriou é interessante por apresentar elementos típicos dessa delegação.

Na mesma linha, Jèze considera a concessão um contrato administrativo que tem por objeto a exploração de um serviço público sob conta e risco do concessionário, sendo remunerado por tarifa paga pelos usuários e, geralmente, é outorgado por um longo período.<sup>172</sup>

Por outro lado, Duguit defende que a concessão tem uma natureza de convenção-contrato<sup>173</sup>, justamente por compreender cláusulas contratuais e cláusulas advindas de leis regulamentares, ambas com vínculo entre si indissolúvel.

(...) é indiscutível que consideradas em si mesmas as cláusulas que determinam o regime de serviço concedido, elas têm um caráter regulamentar e não contratual e que a situação modificada pelo Estado é objetiva e legal, e não subjetiva e contratual.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> ‘una operación en la cual, una organización de servicio público concedida, conexas a la construcción de una obra pública, se ha instituido de una manera reglamentaria, y las consecuencias financieras de esta institución, así como las condiciones de la construcción y de la explotación de la obra, están regladas entre la Administración y el concesionario, por un contrato celebrado con pliego de condiciones (*cahier de charges*) y tarifas máximas’ Hauriou em *Précis de Droit Administratif*. Paris: 1919, p. 866 apud BULLRICH, Rodolfo. *La Naturaleza Jurídica de la Concesión de Servicios Públicos y la Jurisdicción Competente para Interpretar sus Clausulas*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1936, p.39 e 40.

<sup>172</sup> Jèze em *Les Contrates Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. p 55 e ss e BULLRICH, Rodolfo. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus clausulas*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1936, p. 39.

<sup>173</sup> Para Duguit a categoria jurídica do contrato deve receber tratamento unitário no Direito, ainda que se trata de serviço público. Para Duguit “uma vez celebrado um verdadeiro contrato, a Administração contratante não o possa modificar por ato unilateral.(...) a diferença essencial entre a visão de Duguit e a de Jèze: enquanto para Jèze a inovação do serviço público justifica o regime especial dos contratos administrativos, para Duguit esse elemento não modifica a essência do contrato (...)” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.189.

<sup>174</sup> “(...) es indiscutible que consideradas en sí las cláusulas que determinan el régimen del servicio concedido,

No direito brasileiro, eventual questionamento sobre o ato de delegação ser contrato ou convenção perde sentido, considerando que o art. 175 da CF/88 determina que a concessão se dê mediante contrato e que o art. 58 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,<sup>175</sup> Lei de Licitações, permite a modificação unilateral dos contratos para melhor adequação das finalidades do interesse público.

Muito embora os contextos histórico e político possam dar pesos distintos às características da concessão,<sup>176</sup> entende-se que sua ideia base permanece a mesma. Bullrich ensina que a noção fundamental da concessão é o fato de que, por meio dessa delegação, se dá ao sujeito um poder jurídico sobre uma manifestação da administração pública.<sup>177</sup>

Defende-se que o princípio da legalidade tem a função de legitimar a concessão enquanto ato organizatório da Administração Pública. Isso significa que:

A atribuição da concessão de serviços públicos será, portanto, uma manifestação da função administrativa. (...) Ou seja, em regra, a lei cria a possibilidade de concessão deixando a possibilidade de conceder ou não e, quando decida conceder, a decisão sobre a escolha do adjudicatário e a atribuição ou outorga da concessão.<sup>178</sup>

No direito brasileiro, a CF/88, no seu art. 175, define concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, formalizada por contrato com prazo determinado que pode ser prorrogado. Essa concessão deve prestar um serviço adequado, garantindo direitos dos usuários, ser remunerada por meio de uma política tarifária estipulada e ser fiscalizada. O mesmo artigo determina a edição de lei para traçar especificidades das delegações.

---

*tienen un carácter reglamentario y no contractual y que la situación modificada por el Estado es objetiva y legal y no subjetiva y contractual.*” DUGUIT em *Traité du droit constitutionnel*. Paris, 1921, t.I, p.313 in BULLRICH, Rodolfo. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus cláusulas*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1936, p. 42 e 43.

<sup>175</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 16 jan. 2014.

<sup>176</sup> Pedro Gonçalves defende que as definições de Jèze e Duguit consideravam as concessões à sua época e não as atuais. Atualmente, as outorgas concessões se dão tanto a entes privados quanto a entes públicos, além disso, os riscos inerentes a exploração tem sido mitigados. “Tudo isso era rigoroso para as concessões clássicas.” GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 108.

<sup>177</sup> BULLRICH, Rodolfo. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para interpretar sus cláusulas*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1936, p. 38.

<sup>178</sup> GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 111.

Para cumprir esse imperativo constitucional, editou-se a Lei de Concessões. O art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, define concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Como já dito no capítulo anterior, essa lei não impede a edição de outras. A LGT é exemplo. Em seu art. 210, exclui a aplicação da Lei de Concessões. Contudo, considerando que esta serve de parâmetro para as concessões, muitas características são coincidentes e, sempre que oportuno, comparações entre as regras da Lei de Concessões e da LGT serão realizadas.

### 1.3.2. CONCESSÃO NA LGT

Passa-se à análise das características e especificidades das concessões no âmbito da LGT.

Assim como na Lei de Concessões, a forma de seleção da concessionária se dá mediante licitação<sup>179</sup>. No regime público do setor de telecomunicações, as concessões atuais com maior fatia de mercado se deram por meio da desestatização do sistema Telebrás.<sup>180</sup> Note-se que a LGT determinou a privatização e indicou que as novas outorgas dos serviços de telefonia fixo seriam por concessão, sendo os procedimentos ratificados pelo Plano Geral

---

<sup>179</sup> Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.

Parágrafo único. As condições deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão.

<sup>180</sup> São concessões de STFC oriundas da desestatização do Sistema Telebrás as empresas (apresenta-se os nomes comerciais): Embratel, Telefônica/Vivo, Oi e Brt (essa última foi comprada pela Oi em 2008). São concessões não oriundas do sistema Telebrás: a Sercomtel e a Algar-CTBC. Essas concessões não foram objeto de licitação, justamente por não serem objeto de desestatização.

de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público (Plano Geral de Outorgas ou PGO).<sup>181</sup>

Por meio do Edital MC/BNDES nº 01/98, os critérios da desestatização foram definidos. Cada uma das empresas teria um preço mínimo, sendo declarado vencedor o titular do maior lance em leilão.

Por ocasião da apreciação dos atos de aquisição das ações pertencentes à União, o processo de privatização foi objeto de *aprovação pelo CADE*, que o considerou harmonioso com o objetivo de incrementar investimentos no âmbito de concorrência desenhado pela LGT.<sup>182</sup>

Isso indica que a desestatização do setor considerou, mesmo no regime público, o estímulo à competição. No capítulo 3, a importância do estímulo à competição será mais bem desenvolvido.

Cabe a observação de que essa forma de seleção não é a mesma da Lei de Concessões. Nesta (art.14 e ss), a licitação<sup>183</sup> sempre se dará na modalidade concorrência,<sup>184</sup> de acordo com a Lei nº 8.666/1993. Ocorre que na LGT não há obrigatoriedade da modalidade ser concorrência e, de acordo com o art. 210 da LGT, a Lei de Licitações não se aplica nas licitações de concessão, permissão e autorização.

Diz a Lei das Concessões, art. 2º, II, que apenas pessoas jurídicas ou consórcio com capacidade comprovada para o desempenho da função são as elegíveis para participar da licitação. Já a LGT, em seu art. 86, é expressa ao determinar que a concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para explorar exclusivamente serviços de telecomunicações. Essa regra é repetida no Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Arts. 190, 193 e 198, da LGT e Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998.

<sup>182</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122.

<sup>183</sup> De acordo com art. 3º da Lei nº 8.666/93 a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. A disputa entre os concorrentes deve ser julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório.

<sup>184</sup> Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Art. 22 § 1º da Lei nº 8.666/1993.

<sup>185</sup> BRASIL. *Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2617.htm)> Acesso em: 7 jun. 2013.

O Edital MC/BNDES nº 01/98 permitiu a habilitação e pré-identificação de participantes pessoas físicas (residentes ou estrangeiras) e jurídicas (nacionais ou estrangeiras) desde que comprovassem capacidade de liquidar financeiramente a operação. Contudo, para efetivação da outorga dos serviços de telecomunicações, foi necessário o cumprimento do que determina a LGT e o Decreto nº 2.617/1998, é dizer, que a outorgada seja empresa.

Outra característica da concessão é que o contrato administrativo. Ele é o vínculo jurídico que será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia<sup>186</sup>. O contrato desempenha uma função reguladora ao outorgado. Na concessão de telecomunicações, o primeiro contrato administrativo foi parte integrante do Edital de desestatização (art. 198, IV da LGT e capítulo 7.2 do Edital MC/BNDES nº 01/98).

Os primeiros contratos de concessão foram assinados em 2 de junho de 1998 e vigoraram até 31 de dezembro de 2005. Em 2005, após as manifestações de interesse em prorrogação dos contratos, foram assinados novos contratos com validade até 2025 e revisão quinquenal. As revisões servem para estabelecer novos condicionamentos, novas metas para universalização e qualidade.<sup>187</sup>

Nesse contexto, cabe uma explicação sobre os prazos. A outorga é por prazo determinado. De acordo com o art. 99 da LGT, as concessões terão prazo máximo de vinte anos, podendo ser prorrogadas, uma única vez, por igual período, desde que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e manifeste interesse na prorrogação, pelo menos trinta meses antes.

Ocorre que o governo, quando da licitação do Sistema Telebrás, optou por estabelecer um prazo menor para a concessão do STFC. Os contratos previram que a concessão fosse até 2005. Já na prorrogação realizada, utilizou-se o prazo máximo de vinte anos.

---

<sup>186</sup> Art. 93, parágrafo único.

<sup>187</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010 (anexo 1)*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/40-resolucao-552-anexoi>>. Acesso em: 16 jan. 2014, Cláusula 3.2.

A outorga é um acordo *intuitu personae*, com possibilidade de subconcessão condicionada. Nem a LGT ou tampouco o contrato de concessão permitem a subconcessão. Caso a concessionária não queira mais prestar o serviço, seria caso de transferência ou extinção da concessão.

No entanto, o art. 97 da LGT permite que a concessionária, no cumprimento de seus deveres, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência, possa empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam. Além disso, poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

A cláusula 16.3 do Contrato de Concessão, Anexo I da Resolução nº 552/2010<sup>188</sup>, é mais precisa ao determinar que durante a vigência do Contrato, a concessionária será a única responsável, perante terceiros, pelos atos praticados pelo seu pessoal, prepostos e contratados, na prestação do STFC, bem como pelo uso dos equipamentos, instalações ou redes, excluídas a União e a Anatel de quaisquer reclamações e/ou indenizações.

Isso porque, o desempenho do serviço pela concessionária corre por sua conta e risco. Essa é uma das premissas das concessões, tanto assim, que o parágrafo único do art. 83 da LGT deixa expresso que a concessionária se sujeitará aos riscos empresariais. Contudo, vale mencionar o pensamento de Pedro Gonçalves, segundo o qual essa regra no atual conceito de concessão não é absoluta. A responsabilidade financeira do concessionário pela exploração do serviço antes era exclusiva do concessionário, porém, atualmente, em alguns casos, o Estado poderá ser solidariamente responsável.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 552, de 10 de dezembro de 2010 (anexo 1)*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/40-resolucao-552-anexoi>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

<sup>189</sup> GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 107.



Paulo Roberto Ferreira Motta acredita que, no sistema de telecomunicações, também haja essa mitigação. Justifica que, por ser o dinheiro do Fust<sup>190</sup> composto, em sua maioria, por contas telefônicas pagas pelos usuários, há evidente socialização do dever de universalização, risco financeiro que, segundo seu entender, deveria ser assumido apenas pelo concessionário. Afirma:

Pode-se concluir que as concessões, ao menos neste modelo, não são atividades exercidas por conta e risco do concessionário, uma vez que os custos e os riscos presentes no atendimento à localidades com menos de 100 habitantes (...) ou a instituições de ensino, bibliotecas (...) são suportadas parcialmente pelos usuários.<sup>191</sup>

Embora não se concorde com a crítica ao sistema de universalização<sup>192</sup>, a afirmação de Paulo Motta é pertinente por identificar uma mitigação dos riscos da concessão.

A concessão extingui-se-á por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação, conforme determina o art. 112 da LGT. Uma vez extinta a concessão, a União passará a ser detentora dos direitos e dos deveres relativos à prestação do serviço<sup>193</sup>.

Isso inclui a reversibilidade automática dos bens que permitirão uma prestação continuada do serviço. Nesse momento, realizar-se-á o ajuste de contas, os bens necessários para a manutenção do serviço voltarão a União e essa deverá reembolsar ao concessionário os investimentos não amortizados.

A Anatel editou a Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006,<sup>194</sup> que aprova o regulamento de bens reversíveis.

---

<sup>190</sup> Fundo de universalização que será melhor explicado no próximo capítulo.

<sup>191</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O 'kit' regulatório das telecomunicações In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (orgs). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.667-688, p. 678.

<sup>192</sup> Os mecanismos e formas de financiamento da universalização serão tratados no próximo capítulo.

<sup>193</sup> Parágrafo único do art.112 e art.102 da LGT.

<sup>194</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2006/380-resolucao-447>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

### 1.3.3. NOÇÃO DE PERMISSÃO

Por falta de definição legal, coube basicamente à doutrina estabelecer os critérios de uma permissão.

A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.<sup>195</sup>

As características de ato administrativo unilateral e precário eram utilizadas para diferenciar concessão de permissão. Na prática, Cármen Lúcia Rocha entende que isso não ocorria, porque o judiciário não deixava descobertos os “direitos que nasciam para os permissionários da prestação de serviço público, nem os considerava submetidos ao exclusivo nuto dos administradores públicos.”<sup>196</sup>

Contudo, essas discussões mudam de perspectiva a partir do art. 175 da CF/88, uma vez que esse artigo exigiu interpretação diversa da usualmente defendida. A permissão de serviços públicos já não é um ato unilateral e nem discricionário, se dará mediante licitação, formalizada por contrato, prestada de forma adequada, garantido direitos dos usuários, será fiscalizada e remunerada por meio de uma política tarifária estipulada. Nesse mesmo artigo há determinação de edição de lei para indicar detalhes.

De acordo com ao art. 2, IV da Lei das Concessões, permissão de serviço público é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.” E o art. 40 da mesma lei afirma ser a permissão um contrato de adesão.

Note-se que, em relação à concessão, a grande diferença da permissão, após a CF/88 e o advento da Lei de Concessões, é a precariedade. Sobre a Lei nº 8.987/1995, Diogo de Figueiredo Moreira Neto desabafa:

(...) a violenta distorção da antiga doutrina atingiu apenas as permissões de serviços públicos; remanescendo, portanto, intocadas, as modalidades tradicionais

<sup>195</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 309.

<sup>196</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148.

da permissão de obra pública e da permissão de uso de bem público, sob as respectivas definições legais que lhes derem os entes políticos da Federação.<sup>197</sup>

Com essa citação pretende-se ressaltar três aspectos. O primeiro é lembrar que, assim como na concessão, existem permissões que não se relacionam com a modalidade serviço público, objeto de nosso estudo. O segundo aspecto a ser considerado é que, mesmo criticando, Diogo de Figueiredo entende a necessidade de adequação do conceito de permissão de serviços públicos à Lei das Concessões. Por fim, e, como consequência da afirmação anterior, reconhece que a lei tem mais força que a doutrina. Essa última constatação, ainda que pareça óbvia, é importante ser sedimentada, em especial, para a compreensão do estudo das autorizações.

#### 1.3.4. PERMISSÃO NA LGT

Vera Monteiro indica que a simples leitura tanto da CF/88 quanto da Lei nº 8.987/1995 “não esclarece, tampouco dita o regime da permissão de serviço público no Direito Brasileiro.”<sup>198</sup> É dizer, faz-se necessária a análise do tema a partir das leis setoriais e de casos concretos.<sup>199</sup>

Nesse sentido, lembra-se que, no setor do petróleo, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997,<sup>200</sup> não admite permissão como forma de delegação de serviço. Isso se justifica, provavelmente, pelos vultosos investimentos exigidos a serem recuperados ao longo de anos. Já no setor elétrico, a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995,<sup>201</sup> acolhe a figura da permissão para cooperativas de eletrificação rural que atendam a consumidores não cooperados.<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 438.

<sup>198</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.82.

<sup>199</sup> “Isso significa que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso (= dos  *fatos*), no qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”<sup>199</sup>. GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267, p. 263.

<sup>200</sup> BRASIL. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)> Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>201</sup> BRASIL. *Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm)> Acesso em: 10 jan. 2014.

<sup>202</sup> Para mais detalhes ler Resolução Aneel nº 205, de 22 de dezembro de 2005. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução nº 205, de 22 de dezembro de 2005*. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bren2005205.pdf>>- Acesso em: 10 jan. 2014.

No setor de telecomunicações, a LGT, em seu art. 118, admite a permissão. Nas telecomunicações, a permissão tem papel emergencial e transitório, quando situação excepcional comprometa o funcionamento do serviço e que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, pela concessionária ou mediante outorga de nova concessão.<sup>203</sup>

A permissão, nos termos que foi desenhada pela LGT, pode ser analisada como uma faculdade de o Estado manter, com base no princípio da continuidade, os serviços prestados em regime público sem que seja necessária a gestão direta do serviço por parte da União. É dizer, no caso de situação excepcional, ao invés de assumir a prestação direta do serviço, o Estado poderá optar por licitar uma permissão até que se realize nova concessão.

A seguir passa-se à análise das características das permissões. Relembra-se que a LGT, em seu art. 210, exclui a aplicação da Lei de Concessões também às permissões. Contudo, considerando que essa também serve de parâmetro para o estudo das permissões, sempre que oportuno, comparações entre as regras da Lei de Concessões e da LGT serão realizadas.

Assim como na Lei de Concessões, a LGT previu a licitação como forma de seleção da outorga. Todavia, a LGT foi mais específica. Considerando o caráter excepcional da permissão, a Lei Geral de Telecomunicações estabeleceu que houvesse um procedimento licitatório simplificado. O art. 119 indicou a Anatel como a responsável por regular esse procedimento. Redação do artigo:

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

Ocorre que a ADIN 1668-5/DF de 1998<sup>204</sup>, ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal, questionou, entre outros, o art. 119. Alegou-se que o procedimento “simplificado” a

---

<sup>203</sup> Art.118 da LGT

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. *ADIN 1668-5/DF*. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Comunista do Brasil - PC do B; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

ser regulamentado pela Anatel seria uma afronta aos trâmites da Lei nº 8.666/1993, Lei Geral de Licitações, da Lei nº 8.987/1995, Lei das Concessões, e da Lei nº 9.074/1997 que é respaldada por previsão constitucional.

Por votação unânime, o STF deferiu pedido de medida cautelar para suspender as expressões: “simplificado”, “nos termos por ela regulados”, constantes no art. 119. Logo, a regra passou a ser a da concessão. O relator Ministro Marco Aurélio restou vencido na proposta de suspender também a expressão do artigo: “ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91.”

Curioso notar que o argumento para suspender a aplicabilidade do termo simplificado foi o da incompatibilidade da expressão com Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 9.074/1997. Contudo, na mesma ADIN indeferiu-se o pedido de suspensão cautelar de eficácia do art. 210 da LGT que exclui a aplicação dessas leis a concessão, a permissão e a autorização e suas licitações.

Dessa forma, caso seja necessária uma licitação para outorga de permissão, ela deverá seguir os trâmites de uma concessão. A hipótese de permissão nas telecomunicações já seria *per si* extrema e remota, ocorre que, com a decisão do Supremo, o instituto parece ter perdido função. Em realidade, a licitação nos termos da concessão da LGT é incompatível com essa particularidade da permissão no setor de telecomunicações.

Em outras palavras, a ausência de celeridade do procedimento licitatório não gera vantagens práticas em se outorgar uma permissão.

Aberto o processo licitatório, no setor de telecomunicações, as pessoas físicas não são elegíveis, diferentemente do que prescreve a Lei das Concessões. O Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998, explicita que as concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações de interesse coletivo serão outorgadas a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. Além disso, a maioria das cotas ou ações com direito a voto deve pertencer a pessoas naturais residentes no Brasil ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

Identificado o vencedor de uma eventual licitação, a Lei de Concessões determina a celebração de um contrato de adesão com forma de estabelecer o vínculo jurídico entre Administração e permissionário.

A LGT determina de forma diversa. A permissão de serviço de telecomunicações é ato administrativo,<sup>205</sup> embora o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição determine que a formalização da delegação ocorrerá por contrato. Note-se, apesar de a LGT definir permissão como ato administrativo, ela também determina que a outorga se concretize por meio de assinatura de termo que nada mais é que um contrato, no qual constam direitos e obrigações e o permissionário assume a prestação do negócio por sua conta e risco.

A Lei nº 8.987/1995 determina aplicação das regras da concessão à permissão, art. 40, parágrafo único, logo, o contrato de adesão da permissão deve conter, no que couber, as cláusulas elencadas art. 23. Feita essa observação, para mais bem compreender essa identidade entre termo, descrito na LGT, e a ideia do contrato é interessante comparar o art. 23 da Lei de Concessões<sup>206</sup> com o art. 120 da LGT<sup>207</sup>. Note-se

---

<sup>205</sup> Art.118 e ss, LGT.

<sup>206</sup> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

<sup>207</sup> Art. 120. A permissão será formalizada mediante assinatura de termo, que indicará:

- I - o objeto e a área da permissão, bem como os prazos mínimo e máximo de vigência estimados;
- II - modo, forma e condições da prestação do serviço;
- III - as tarifas a serem cobradas dos usuários, critérios para seu reajuste e revisão e as possíveis fontes de receitas alternativas;

que as exigências de cláusulas são muito similares, ambas preocupam-se com o objeto da outorga, condições da prestação do serviço, reajuste tarifário, bens reversíveis, foro para solução de divergências, entre outros. É dizer, parece que a palavra “termo” na LGT equivale a “contrato” na Lei de Concessões.

Destaca-se que, para produção de eficácia, o termo de permissão deve ser publicado resumidamente no Diário Oficial da União.

Sobre o prazo contratual, é mister lembrar que outorga será a título precário. A precariedade na permissão de serviços públicos de telecomunicações ganha relevos bastante concretos: os arts. 122, 123 e 124 da LGT referem-se à extinção e ao prazo da permissão.

Como regra geral, prescreve o art. 122 que a permissão extingue-se quando findo o prazo estipulado no termo ou por revogação, caducidade ou anulação. Embora, se estabeleça um prazo para extinção da permissão, garante-se em lei a possibilidade de revogação.

Isso significa que, segundo o art. 123, pode-se revogar uma permissão antes do prazo estipulado baseando-se em razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à permissão. Essa poderá ser feita a qualquer momento, sem direito à indenização e fixará prazo não inferior a sessenta dias para o permissionário devolver o serviço. Por outro lado, de acordo com o art. 124, a permissão poderá ser mantida, mesmo vencido seu prazo máximo, se persistir a situação excepcional que a motivou.

Como dito, no setor de telecomunicações, a permissão é uma forma de delegação emergencial e alternativa às concessões. Em outras palavras, apenas se outorgará permissão, caso, em razão de peculiaridades, a prestação não puder ser atendida pela

---

IV - os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, do permitente e do permissionário;

V - as condições gerais de interconexão;

VI - a forma da prestação de contas e da fiscalização;

VII - os bens entregues pelo permitente à administração do permissionário;

VIII - as sanções;

IX - os bens reversíveis, se houver;

X - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências.

Parágrafo único. O termo de permissão será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.

concessionária ou mediante outorga de nova concessão. Consequentemente, é imperioso reconhecer que os serviços prestados sob permissão também têm a natureza de público.

Chega-se a essa conclusão não apenas por ser a permissão no setor um substitutivo a concessão, mas porque ela tem em si as características de uma permissão de serviço público como se demonstrou.

#### **1.4. TITULARIDADE**

Como dito no capítulo anterior, o art. 175 da CF/88 incumbe ao poder público assegurar a prestação de alguns serviços. Nessa ocasião, seguiu-se a linha do grupo chamado por Fernando Aguillar de “convencionalista/legalistas”. É dizer, acredita-se ser possível que essas atividades estejam referidas tanto no corpo da Constituição como nas normas infraconstitucionais

Nesse sentido, há de se considerar os arts. 21, XI, e 175 da CF e o art. 64 da LGT. Esse último expressamente determina que as prestações em regime público do setor de telecomunicações ocorram sempre e quando “a própria União comprometa-se a assegurar” a existência, a continuidade e a universalização de serviços.

Ora, se a União decide assegurar a prestação de um serviço, ainda que por meio de delegação, significa haver uma indispensabilidade de uma modalidade de serviço à promoção do bem comum.

Ressalta-se que, em telecomunicações, considerar uma modalidade de serviço como serviço público não exclui necessariamente a possibilidade de que essa mesma modalidade seja prestada por particulares autorizados. Cabe à União decidir se a modalidade de serviço será prestada exclusivamente em regime público ou em concomitância em regime privado.

A própria LGT incluiu, entre as diversas modalidades de serviço que poderiam ser prestadas em regime público, o serviço telefônico fixo comutado (STFC), de qualquer âmbito<sup>208</sup>, destinado ao uso do público em geral. O Plano Geral de Outorgas (PGO),

---

<sup>208</sup>Art. 64, parágrafo único, LGT. Isso significa que devem existir empresas prestando os serviços de chamada



aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998<sup>209</sup>, posteriormente alterado pelo Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008<sup>210</sup>, determinou que o STFC pudesse ser prestado em ambos os regimes. Em outras palavras, a única modalidade de serviço prestado no regime público também é prestado no regime privado<sup>211</sup>.

Mediante decreto emanado pelo Poder Executivo, é possível a inclusão de novas modalidades de serviço em regime público.<sup>212</sup> Porém, passados 16 anos da entrada em vigor da lei, até o momento, nenhum outro serviço, além do STFC, foi inserido no rol do regime público.

Entende-se, pela sistemática da LGT, que as modalidades não enumeradas pela União para prestação em regime público são prestadas mediante autorização, no regime privado.

Em síntese, no regime público do setor de telecomunicações, a titularidade do serviço prestado é da União que delega um direito à gestão de um serviço por meio de concessão ou permissão, garantido que a remuneração se dê por meio de tarifa e exige o cumprimento de princípios específicos. A partir dessa afirmação e considerando a análise desenvolvida nesse item, pode-se concluir que os serviços prestados em regime público são serviços públicos.

## 2. REGIME PRIVADO

Definido que os serviços em regime público prestados mediante concessão e permissão têm natureza de público, passa-se a análise dos serviços prestados mediante autorização no regime privado.

---

loais, longa distância e internacional no regime de concessões.

<sup>209</sup> BRASIL. *Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2534.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2534.htm)> Acesso em: 7 jun. 2013.

<sup>210</sup> BRASIL. *Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6654.htm)> Acesso em: 7 jun. 2013.

<sup>211</sup> Cita-se a Oi (Telemar S.A.) como exemplo de empresa que presta o STFC local sob regime público, é concessionária. Por outro lado, tem-se a GVT (Global Village Telecom Ltda.) como exemplo de empresa que presta STFC local no regime privado, é autorizada.

<sup>212</sup> Interpretação dada a partir da análise do art. 18 da LGT e art.16 da Res. 73, da Anatel

Na Introdução, foi proposta a definição de que o serviço de telecomunicações em regime privado é aquele prestado mediante autorização, na modalidade de serviços de interesse coletivo ou restrito<sup>213</sup>, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e excepcionalmente tem sua outorga condicionada.

No regime privado, tal qual desenhado pela LGT, os serviços de telecomunicações são prestados mediante autorização e observa-se um elevado grau de liberdade da iniciativa privada se comparado às regras do regime público de telecomunicações.

Nesse item, assim como no anterior, as quatro características sugeridas para identificar um serviço público serão consideradas. Adota-se a mesma ordem e títulos: remuneração; princípios, outorga dos serviços de telecomunicações e titularidade.

Adiante-se que nessa discussão sobre a existência ou não de serviço público no regime privado ganha maior relevo o subitem titularidade, seguido daquele que analisa os contornos da autorização.

Reconhece-se não haver consenso sobre o tema, todavia, a conclusão alcançada é a de que, nesse regime, os serviços prestados não possuem natureza de público.

---

<sup>213</sup> Enquanto os serviços de interesse coletivo são prestados a todos os interessados em condições não discriminatórias, os de interesse restrito (Art. 18, Resolução 73/1998, da Anatel) são destinados ao uso próprio ou prestados a determinados grupos de usuários de acordo com plano de negócio da empresa. Lembra-se que os serviços prestados em interesse coletivo devem cumprir o que a LGT chama de “função social do serviço de interesse coletivo”(art.127, VIII, da LGT). Assim sendo, todos os serviços classificados como de interesse coletivo tem o dever de interconexão e compartilhamento de rede. Por sua vez, a exploração dos serviços de interesse restrito não poderão prejudicar aqueles prestados em interesse coletivo, uma vez que esses representam “interesses da coletividade”. Para tanto, verificadas possíveis situações de prejuízo, os serviços de interesse restrito poderão sofrer condicionamentos. O Ato nº 3.833, de 20 de junho de 2013, categoriza os serviços e suas possibilidades de abrangências. Assim, por exemplo, o serviço móvel marítimo pode ser prestado em interesse restrito ou coletivo, enquanto o Móvel Global por Satélite só pode ser prestado em interesse coletivo. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Ato nº 3.833, de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=299537>>. Acesso em: 10 set.2013.)

Por fim, exemplifica-se o entendimento de condições não discriminatórias. Caso a autorizada preste um serviço em determinado bairro, todos os usuários interessados deverão ser atendidos caso haja viabilidade técnica. Isso, contudo, não significa que todos os interessados na prestação do serviço devam ser atendidos, caso requeiram, apenas pelo fato de o serviço ser de interesse coletivo. Isso porque, os serviços em regime privado também obedecem à regra da livre iniciativa. É a hipótese, em que a autorizada pode optar por prestar serviço em um bairro e não em outro. O usuário do bairro não atendido não pode exigir a prestação do serviço. Da mesma forma, a autorizada pode deixar de prestar (cumprindo regras para tal) o serviço em determinada região.

## 2.1. REMUNERAÇÃO

No regime privado, de acordo com o art. 129 da LGT, a empresa será remunerada por pagamento do usuário que receber o serviço, sendo o preço livre, desde que não haja abuso do poder econômico.

Isso significa que o preço cobrado pelas empresas autorizadas se forma atendendo à realidade do mercado, influenciado pela oferta e demanda. Todavia, isso não impede a supervisão, regulamentação e fiscalização da Anatel, quando necessário.

É evidente que toda regulamentação gera custos às empresas e isso causa impacto no preço final do serviço prestado. Cita-se, como exemplo, o fato de a Anatel estabelecer os critérios para fixação dos valores devidos a título de remuneração pelo uso de redes do Serviço Móvel Pessoal (SMP), bem como procedimentos para cobrança e repasse desses valores entre as operadoras. Cabe à Anatel analisar os impactos de cada regulamentação

Fato é que a regra do “preço livre” opõe-se àquela estabelecida no regime público de telecomunicações que indica que a remuneração se dará por tarifa.<sup>214</sup>

## 2.2. PRINCÍPIOS

No regime privado, devem ser resguardados os imperativos da livre iniciativa, ou seja, intervenção mínima. Note-se haver uma tendência mundial, não tão recente, de estimular a livre concorrência de serviços inicialmente definidos como públicos.<sup>215</sup> O art. 126

---

<sup>214</sup> Para aprofundar a diferença entre tarifa, taxa e preço, cf. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174 - 178.

<sup>215</sup> Esse movimento tomou vulto nos Estados Unidos da América (no final do sec. XIX), foi incorporada e adaptada à Comunidade Econômica Europeia (após a Segunda Guerra Mundial), também influenciando o Brasil. Sobre o tema J. Ramón Parada afirma: “Não há dúvidas da vanguarda americana acerca dessa ideologia de livre mercado em um marco de liberação econômica. Essa não supõe falta de regulação ou de intervenção, ao contrário, trata-se de uma nova orientação da regulação e da intervenção tendente a garantir que o mercado por si mesmo garanta melhores preços e qualidades aos bens e serviços que antes o Estado garantia diretamente ou através de suas empresas públicas ou concessionárias monopolistas.” “Es indudable la progenie americana de esa ideología de libre mercado en el marco de una liberalización económica. Esta no supone falta de regulación ni de intervención, sino una nueva orientación de la regulación y de la intervención tendentes a garantizar que el mercado por sí mismo garantice a mejores precios y calidades los bienes y servicios que con anterioridad el Estado aseguraba directamente o a través

da LGT determina que a exploração no regime privado seja baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica, em especial aqueles relativos às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, conforme art.s 173 e 174 da CF/88.

Por ser serviço prestado em regime privado, a LGT expressamente alerta que imposições e condicionamentos (sejam eles limites, encargos ou sujeições) ao direito de exploração de serviços no regime privado, devem observar exigência de **mínima intervenção na vida privada**, assegurando, em seu art. 128, que:

- I - a **liberdade será a regra**, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;
- II - **nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante**;
- III - os **condicionamentos** deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com **finalidades públicas específicas e relevantes**;
- IV - o **proveito** coletivo **gerado pelo condicionamento** deverá ser **proporcional à privação** que ele impuser;
- V - haverá relação de **equilíbrio entre os deveres** impostos às prestadoras e os **direitos** a elas reconhecidos<sup>216</sup>. (grifo nosso)

Novamente, é importante frisar que muito embora a regra seja a livre iniciativa e estimular a participação do mercado<sup>217</sup>, isso não retira o poder de a Anatel supervisionar, regular e fiscalizar,<sup>218</sup> uma vez que os serviços de telecomunicações são considerados essenciais, como visto no capítulo anterior, e devem ser regulados por ordem constitucional.

“Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”<sup>219</sup>. A lei ainda determina que esses compromissos devem ser regulamentados e observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade. Note-se que o legislador quis garantir a excepcionalidade

---

de sus empresas públicas o concesionarios monopólicos.” PARADA, J. Ramón. El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia. In: OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.) *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.909-934. p. 927.

<sup>216</sup> Art. 128 da LGT

<sup>217</sup> A ideia é que o Estado acabe por fomentar ou induzir a produção de determinados efeitos econômicos na comunidade. Por fomento entende-se a conveniência de o Estado proteger ou promover atividades específicas “que realizam as pessoas físicas ou jurídicas com a finalidade mediata de procurar que, mediante a concentração de ditas atividades, resulte um benefício para a comunidade.” CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2ª ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 90.

<sup>218</sup> Art. 126 e 127, da LGT.

<sup>219</sup> Art. 135 da LGT.

desses compromissos ao mesmo tempo em que determina a sua regulamentação. Interpreta-se que a excepcionalidade seria algo fora da praxe, uma regra não exigível sistemicamente em toda outorga de autorização.

Mesmo assim, o grau de imposição é distinto, se comparado ao regime público. Lembre-se que, para os serviços prestados neste último, exige-se a satisfação dos princípios do serviço público que se encontraram expressos tanto na própria LGT como no contrato de concessão. Citam-se as obrigações de continuidade que exigem maior ingerência do Estado e garantem a ele a reversibilidade dos bens necessários à prestação do serviço.

## **2.3. OUTORGA DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES**

De acordo com o art. 175 da CF/88, os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou serem passível de delegação por concessão ou permissão. Também na Constituição, no art. 21, ao lado da figura da concessão e permissão aparece a autorização. A conjugação desses dois artigos será enfrentada no próximo item desse capítulo.

No momento, interessa ressaltar que, no regime público da LGT, os serviços são prestados mediante concessão e permissão, enquanto no regime privado outorgam-se autorizações.

### **2.3.1. NOÇÃO**

Tradicionalmente, a doutrina define que os serviços prestados sob autorizações:

(...) são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis e emergência transitória. São serviços delegados e controlados pela Administração autorizante, normalmente sem regulamentação específica, e sujeitos, por índole, a constantes modificações do modo de sua prestação ao público e a supressão a qualquer momento, o que agrava sua precariedade.<sup>220</sup>

É dizer, a doutrina majoritária entende que autorização é dada a título precário e que se trata de um ato discricionário. Nas autorizações, não seria necessário procedimento licitatório, garantidas isonomia e impessoalidade (princípios da

---

<sup>220</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29.ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 385.

administração). Essa classificação é aderente às autorizações entendidas como ato unilateral do poder público para prática de atos por particulares ou como autorização de uso. Contudo, para as autorizações mencionadas no art. 21, XI e XII da CF/88 e nas leis deles decorrentes é imperioso questionar as características de precariedade e discricionariedade da autorização.

Lembre-se que o termo “autorização”, ainda que referido, não é definido na Constituição, assim como, as palavras “concessão” ou “propriedade” e tantas outras que os juristas reputam úteis para a Ciência do Direito. Em verdade, o vocábulo autorização não tem um conceito ou sentido unívoco na Constituição<sup>221</sup>.

Na prática, a identificação do sentido do vocábulo se dará pela contextualização e pelas normas existentes, inclusive, do texto constitucional, da mesma forma que ocorre com os serviços públicos. Evidentemente, a contribuição doutrinária não pode ser desprezada.

Acredita-se, neste trabalho, que o sentido da autorização constitucional do art. 21 segue a orientação ensinada por Guimarães Menegale. Para ele, a autorização é “remoção de óbice jurídico e a restauração da liberdade material do indivíduo, cujo, exercício, em cada caso, a norma legal adstrinja.”<sup>222</sup> Acrescente-se o entendimento de que, a partir da CF/88, a restauração é também da liberdade empresarial, livre iniciativa.

Para que o Estado proceda a remoção de óbice jurídico e restauração de liberdade material é preciso que norma estabeleça condições e regras para sua efetivação.

---

<sup>221</sup> Para Cretella Jr., em obra anterior à CF/88, no direito brasileiro, o termo técnico autorização possui distintos significados: “**outorga de competência especial dada por um órgão a outro, dentro do aparelhamento administrativo**”; “**anuência do órgão legislativo para que o Chefe do Executivo se ausente do País** por determinado tempo”, e; “**o ato administrativo unilateral e discricionário**, mediante o qual a Administração faculta ao particular o exercício de atividade, removendo, para tanto, o obstáculo legal impeditivo.” CRETELLA Jr, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 378. Nessa última divisão, ele inclui a hipótese de produção e comércio bélico. CRETELLA Jr, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 372.

Já para Di Pietro, em obra pós CF/88, seriam três as acepções do termo autorização: **ato unilateral** do poder público para **prática de atos por particulares** (são exemplos: art. 21, VI e fiscalizar produção de material bélico da CF/88); **autorização de uso** (cita como exemplo: art. 9º da MP nº 2220/2001, que normatizou art. 183, § 1º, da CF/88 – possuidor de terra urbana domínio e concessão de uso especial) e **autorização de serviço público** (essa classificação se baseia na análise do art. 21, XI e XII, da CF/88). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233 e 234. Observa-se que esse entendimento da autora será tratado no próximo item.

<sup>222</sup> MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 55 e 56.

Em síntese, uma autorização poderá ou não ser ato discricionário ou ato precário dependendo do que determinar a regulação.

### 2.3.2. AUTORIZAÇÃO NA LGT

O § 1º do art. 131 da LGT define autorização de serviço de telecomunicações como o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

A seguir são apresentadas as características da autorização de serviço de telecomunicações descrita na Constituição e outorgada nos termos da lei<sup>223</sup>.

Por ser uma nova forma de interação com particulares e considerando a importância e vulto econômico do setor, na LGT, o ato de outorga não é precário. A autorização de serviços de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.<sup>224</sup>

Como dito, a noção tradicional de autorização coloca como uma de suas características a precariedade. Contudo, Floriano de Azevedo Marques Neto, após analisar os marcos normativos, verifica “que nada há em lei ou na Constituição que determine ser a autorização necessariamente precária e vulnerável.”<sup>225</sup>

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld, referindo-se à lei de petróleo acrescenta:

É que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinônimo de autorização também não tem fundamento no

---

<sup>223</sup> A LGT trata também da autorização de direito de uso de radiofrequência que sempre estará associada a outorga de serviço. Portanto não é uma autorização de serviço. Por ser bem público da União, ela terá tempo determinado, não ultrapassados 20 (vinte) anos, podendo seu prazo ser prorrogado por igual período uma única vez. (art. 167 da LGT) Por estar associada a um serviço, na hipótese desse serviço ser extinto, também se extinguirá a outorga de radiofrequência. Contudo, nada impede que se obtenham novas outorgas tanto do serviço quanto da radiofrequência.(art. 163 da LGT)

<sup>224</sup> Art. 138 da LGT

<sup>225</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 333-354, abr./jun. 2003, p. 345.

Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacético em torno dessa expressão.(...) Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, especialmente no âmbito municipal. Mas também há autorização com significado de ato de outorga estável.

Em suma, a autorização terá ou não a nota de precariedade segundo o que houver disposto a lei. **Doutrina não é lei, como se sabe.**<sup>226</sup> (grifo nosso)

Verificada a inexistência de normas constitucional ou hierarquicamente superiores às leis ordinárias que imponham a precariedade às autorizações, é possível que se estabeleçam autorizações por prazo determinado. Mais, é possível que lei estabeleça outorga de autorização com prazo indeterminado.

A LGT estabeleceu essas duas últimas situações. As autorizações de uso de radiofrequência têm prazo de 20 anos, prorrogáveis por igual período. Já as autorizações de serviço são concedidas por prazo indeterminado.

Ressalte-se, sem qualquer embaraço, que, na prática, a característica da precariedade se mantém na maioria dos possíveis significados do termo autorização. Todavia, por determinação legal, no setor de telecomunicação não existe precariedade, repita-se, sem que haja qualquer impedimento normativo.

Outra característica da autorização de serviço da LGT é ser um ato vinculado. Embora, como já dito, não haja impeditivo legal para o estabelecimento desse critério, é importante resumir a situação no âmbito da LGT.

Regra geral, a autorização é um ato administrativo de *estrutura declaratória* – constata e declara a verificação dos pressupostos de fato e de direito pré-estabelecidos em lei formal estrita (arts. 132 e 133 LGT); e tem sempre *efeito constitutivo* – a declaração verificada constitui um efeito de certeza quanto ao enquadramento da situação de interesse no quadro de que a lei faz depender o exercício do direito de que é titular.

Este duplo caráter submete o ato de autorização para prestação de serviços de telecomunicações ao regime dos atos vinculados e constitutivos de direitos: *vinculado*, porque na sua prática a ANATEL não tem liberdade de decisão (art.131, §1º, LGT); e constitutivo de direitos porque não é suscetível de revogação pela ANATEL com fundamento em conveniência e oportunidade (art.138 LGT).<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, Regime jurídico do setor petrolífero. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.385-396, p. 394.

<sup>227</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39.



Da mesma forma que a precariedade, a discricionariedade é tida tradicionalmente como uma das características das autorizações. Em relação à discricionariedade, inicialmente, menciona-se o pensamento de Andreas J. Krell:

[A] vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo 'vinculado' não possui uma natureza diferente do ato 'discricionário', sendo a diferença no grau de liberdade concedida pelo legislador *quantitativa*, mas *não qualitativa*. A decisão administrativa oscila entre os polos de plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei.<sup>228</sup>

Tal posição alinha-se ao que há muito ensinou Santi Romano. Ele entendeu que o ato de autorização poderia ser mais ou menos discricionário, justificou o autor: "Dizemos mais ou menos discricionário porque há casos em que, quando ocorrem certas condições determinadas pela lei, a Administração deve autorizar."<sup>229</sup>

Guimarães Menegale, fiel a sua noção de autorização, acima transcrita, afirma ser a autorização ato vinculado.<sup>230</sup> Isso porque:

[o]bservadas que sejam, pelo interessado, as condições da lei, à autoridade imponderará, sem alternativa, emitir a autorização. A obrigação preliminar da autoridade, prossegue, consiste, em tal hipótese, em deferir a autorização ou licença a quem a pleiteie; efetivando por esse modo, o direito que em potencial já lhe assistia, tornou-se exigível o ato de autorização, de que o pleiteante se fez credor.

De feito, esse não se insere na categoria dos atos discricionários; aliás, contraria a natureza da autorização, quando supõe a ocorrência prévia do direito, cujo exercitamento não faz senão desembaraçar.<sup>231</sup>

Sobre o ato de autorização ter a característica de vinculado ou discricionário, opta-se por aproveitar o mesmo argumento utilizado por Floriano de Azevedo Marques Neto

---

<sup>228</sup> KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p.177-224, dez. 2004, p. 184-185.

<sup>229</sup> "Diciamo più o meno discrezionale, perchè ci sono dei casi in cui, quando ricorrono certe condizioni determinate dalla legge, l'amministrazione deve autorizzare." ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1937, p. 241.

<sup>230</sup> Cretella Jr., em seu livro, ao dialogar com Guimarães Menegale, afirma que, caso autores verificassem aspectos vinculantes ao ato, não seria autorização, mas outras "figuras jurídicas afins" (CRETELLA Jr, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 365). É possível que essa afirmação achasse abrigo no passado. Contudo, com o advento do art. 21, XI e XII essa afirmação perde sentido. Isso porque, a constituição optou por nominar a figura jurídica como autorização.

<sup>231</sup> MENEGALE, Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 57-58.

para atos precários: não há nada na Constituição ou normas que determine ser a autorização necessária, única e exclusivamente discricionária.

Em síntese, a percepção de que autorização pode ser um ato vinculado e não precário não é discussão recente entre doutrinadores. Assim, apesar de se reconhecer o valoroso trabalho que a doutrina realiza para sistematizar e interpretar o direito, é também imperioso reconhecer que ela deve se adaptar às situações legais que se apresentam.

Considerando os altos custos para prestar a maioria dos serviços de telecomunicações, o mercado não suportaria a instabilidade de uma autorização de serviços precária ou discricionária, caso contrário, haveria um desestímulo a investimentos no setor. Lembre-se, as autorizações estão inseridas em regime privado, é dizer, regidas sob os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, ambiente de interferência reduzida que não se encaixa com características como precariedade e discricionariedade.

Por fim, menciona-se que não foi objeto da ADIN 1668-5/DF<sup>232</sup>, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio, qualquer contestação de inconstitucionalidade sobre a autorização vinculada ou perene, sendo dado como uma realidade a possibilidade de autorização na forma descrita em lei.

Estabelecida a base da autorização de serviços no setor de telecomunicações, vale uma rápida comparação de suas características com a concessão também plasmada na LGT.

Cabe destacar que, no regime privado, a outorga de autorização para prestação do serviço, em regra, é concedida aos interessados que cumprirem as condições objetivas<sup>233</sup> e subjetivas<sup>234</sup>. Ou seja, não há uma forma de seleção por licitação. De acordo

---

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. *ADIN 1668-5/DF*. Tribunal Pleno. Requerentes: Partido Comunista do Brasil - PC do B; Partido dos Trabalhadores - PT; Partido Democrático Trabalhista - PDT; Partido Socialista Brasileiro - PSB. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202> > Acesso em: 28 dez. 2013. Nessa ADIN, contesta-se a constitucionalidade de alguns artigos da LGT. Até o momento, a ação foi julgada apenas em âmbito liminar.

<sup>233</sup> Art. 132 da LGT. Seriam dois os requisitos: a disponibilidade de radiofrequência, se o serviço dela necessite, e apresentação de projeto técnico viável e compatível com as normas vigentes. Note-se que alguns serviços necessitam de radiofrequência associada e, sendo a radiofrequência um bem escasso, a licitação é o instrumento tradicional para escolha da melhor proposta para a Administração e o meio para manutenção da

com o art. 136 da LGT, não há limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo. Apenas nessas exceções há processo licitatório.

Assim como na concessão e na permissão, na autorização, apenas empresas são elegíveis para a outorga, de acordo com o art. 133, I da LGT e o Decreto nº 2.617, de 5 de junho de 1998.

Na concessão, o contrato administrativo é o vínculo jurídico que tem o condão de atribuir eficácia à outorga. Por outro lado, nas autorizações, é a publicação no Diário Oficial da União do Ato de Autorização que passa a obrigar o outorgado<sup>235</sup>. Adicionalmente ao Ato, em alguns regulamentos de serviços autorizados, há previsão de assinatura de termo de autorização, contrato, apenas como meio de formalizar a autorização. Cita-se o caso do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).<sup>236</sup> O regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), por sua vez, prevê assinatura de termo apenas nas hipóteses de licitação<sup>237</sup>. Frise-se, embora alguns regulamentos prevejam a assinatura de termo, é a publicação de Ato de Autorização que produz eficácia capaz de obrigar as partes.

---

competitividade de forma isonômica. Nesse sentido, sempre ocorre licitação para outorgas de faixas destinadas ao Serviço Móvel Pessoal (SMP) que proporciona o uso do celular. O mesmo já não se observa para as faixas destinadas ao Serviço Radiotaxi que podem sofrer dispensa de licitação após Consulta Pública que verifique sua inexigibilidade. V.153, da LGT e ss.

<sup>234</sup> Art. 133 e 134 da LGT. No que se refere às condições subjetivas, se o serviço for prestado em interesse restrito (art. 134 da LGT), deverá seguir as regulamentações específicas da Agência. Se a intenção for obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo (art. 133 da LGT), a empresa deve: estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País; não possuir impedimentos para licitar ou contratar com o Poder Público; dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social, e; não possuir outorga na mesma área de prestação.

<sup>235</sup> Art. 131 § 4º, da LGT: A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

<sup>236</sup> Resolução nº 581, de 26 de março de 2012, diz em seu art. 10 diz que a autorização depende de ato específico e o art. 19 diz que a autorização se formaliza com o termo. O SeAC inclui todas as formas de prestar televisão por assinatura: o Serviço de TV a Cabo (TVC), o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 581, de 26 de março de 2012*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2012/139-resolucao-581>>. Acesso em: 20 set. 2013.

<sup>237</sup> Art. 15 e 16 da Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, que aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia. O SCM é conhecido como o serviço de banda larga fixa. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

Evidentemente, por serem serviços prestados sob a égide dos princípios da livre iniciativa, a atividade é desempenhada por conta e risco do empresário.

Na autorização, a outorga é por prazo indeterminado, salvo nas hipóteses de extinção por cassação, caducidade, decaimento, renúncia, anulação<sup>238</sup> ou findo o prazo estipulado em licitação (que sempre é excepcional).<sup>239</sup> Ou seja, prevalece o entendimento da livre iniciativa. Lembre-se que, no regime público, a outorga deve ter prazo, sob pena de privilegiar a concessionária que estaria executando um serviço de titularidade da União em detrimento de outras empresas que também poderiam ter interesse em prestar o serviço.

## **2.4. TITULARIDADE DO SERVIÇO**

Diferentemente do que ocorre no regime público, art. 64 da LGT, a Lei Geral de Telecomunicações não determina que a titularidade dos serviços prestados sob autorização no regime privado seja da União.

Não se encontra consenso sobre de quem é a titularidade dos serviços outorgados mediante autorização. Isso porque não há consenso acerca da interpretação combinada dos artigos: 21, XI e 175 da CF/88.

Pela simples análise isolada do art. 21, XI da Constituição, é possível dizer que a União é titular dos serviços de telecomunicações e a autorização é uma forma de delegação de serviço público. Contudo, como já estudado no capítulo anterior, o art. 175 da CF determina que os serviços a serem assegurados por entes federativos podem se delegados apenas por meio de concessão ou permissão. Para combinar esses dois artigos constitucionais hierarquicamente equivalentes, existem algumas alternativas de interpretação.

Para concluir sobre a existência de serviço público outorgado mediante autorização, deve-se admitir que o Constituinte olvidou-se de mencionar a autorização entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e da concessão do art. 175 da CF/88. Alternativamente, é possível defender que o Constituinte introduziu

---

<sup>238</sup> Art. 138 da LGT.

<sup>239</sup> Art. 136 da LGT.

erroneamente o regime de autorização para um serviço público no art. 21, XI e XII da CF/88, estabelecendo-se um conflito com o art. 175. Parece questionável atribuir ao Constituinte, ainda que não expressamente, esquecimento ou não sistematização.

Assim sendo, parece ser mais acertada a interpretação de que o regime de autorização dos serviços elencados nos arts. 21 (incisos XI e XII) e 223 não têm natureza de públicos, “constituindo atividade econômica, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.”<sup>240</sup> Em outros termos, os serviços elencados no art. 21 da CF/88 que podem ser delegados mediante concessão ou permissão (art. 175 da CF/88) seriam serviços públicos, enquanto os serviços prestados mediante autorização não seriam serviço público e sim uma atividade econômica que tem norma legal restritiva<sup>241</sup>.

Dessa forma, até que advenha alguma Emenda Constitucional ao art. 175 da CF/88, mantém-se o posicionamento de que os serviços públicos só se delegam por meio de concessão ou permissão.<sup>242</sup> Repita-se, a autorização mencionada no art. 21, XI e XII não se refere a uma delegação de serviço público.

A seguir, aprofunda-se o tema considerando a autorização na LGT. Dessa forma, acredita-se que unindo Constituição e norma infraconstitucional o assunto será mais bem entendido de forma sistêmica.

Para tanto, convém ver as posições de alguns importantes doutrinadores sobre as autorizações na LGT. Nesse sentido, a primeira de todas as providências é verificar se o termo autorização do art. 21, XI da CF/88 e aquele referido na LGT coincidem.

---

<sup>240</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 66.

<sup>241</sup> Lembre-se que adotou-se a posição de Guimarães Menegale: a autorização é “remoção de óbice jurídico e a restauração da liberdade material do indivíduo, cujo, exercício, em cada caso, a norma legal adstrinja.” (MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 55 e 56.)

<sup>242</sup> Parece ser esse também o entendimento da Quarta Turma do STJ. Na ementa do AgRg no AREsp 332879/PR, de 15/08/2013, Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, que tratava sobre responsabilidade objetiva constata: “As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público - concessionária e permissionárias – respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. *AgRg no AREsp 332879/PR*. Quarta Turma. Agravante: Geni Evaristo Figueiredo. Agravado: Souza Cruz S/A. Relator(a): Min Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201301421440&dt\\_publicacao=04/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201301421440&dt_publicacao=04/09/2013)>. Acesso em: 4 jan. 2014.

Di Pietro defende a possibilidade de autorizações de serviço público. Essas seriam atos administrativos unilaterais e discricionários pelos quais o Poder Público delegaria ao particular a exploração de serviço público, a título precário.<sup>243</sup> Em uma tentativa de conciliar o art. 175 da CF/88 e o art. 21, XI e XII da CF/88, ela entende que:

Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos de concessão e da permissão), **ou para execução no próprio benefício do autorizatário**, o que não deixa de ser interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Esses últimos quando prestados pelo Estado são **serviços públicos próprios**; quando prestados por particular, são **serviços públicos impróprios**, porque abertos à iniciativa privada por força da Constituição; no primeiro caso, existe **autorização de serviço público**; no segundo existe autorização como **ato de polícia**.<sup>244</sup> (grifo nosso)

Note-se que a autora admite a possibilidade de autorizações como serviço público ou ato de polícia, em qualquer das hipóteses a autorização seria precária e no interesse do autorizatário. Contudo, a autorização na LGT é, como visto, ato vinculado que faculta a exploração em regime privado desde que cumpridos os requisitos (art.131, § 1º) e é classificado quanto ao interesse em coletivo ou restrito. Sobre o vocábulo usado na LGT a autora afirma:

esse emprego do vocábulo utilizado para dar a impressão de que a lei se afeiçoa aos termos do artigo 21, XI, da Constituição (que fala em concessão, permissão e autorização) não está corretamente utilizado, **não se amoldando ao conceito doutrinário. O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito**.<sup>245</sup> (grifo nosso)

---

<sup>243</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233. Lembre-se que para Di Pietro seriam três as acepções do termo autorização: ato unilateral do poder público para prática de atos por particulares; autorização de uso e autorização de serviço público. Baseada nessas classificações conclui que se pode “definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou prestação de serviço público (autorização de serviço público) ou desempenho de atividade material ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 233 e 234).

<sup>244</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234.

<sup>245</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234.

Nesse sentido, interpreta que a LGT quis, na realidade, dizer licença ao invés de autorização<sup>246</sup>. Não resta claro, então, quais seriam as hipóteses de autorização para interesse exclusivo do autorizado e como seu conceito se adéqua à LGT.

Explica-se. É imperativo legal, premissa, portanto, que, no âmbito do regime privado, a outorga de serviço se dá mediante autorização.

Admitindo-se a *ratio* da autora, de que a outorga de autorização se daria no interesse exclusivo do autorizado, ter-se-ia a possibilidade de que, em casos de interesse restrito,<sup>247</sup> como, por exemplo, o serviço Radioamador, houvesse autorização no sentido constitucional. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma autorização nos termos da lei e nos termos da autora.

Contudo, há situações em que essa proposta da autora não se aplicaria. Observe-se que é, também, no âmbito do regime privado que se confere a outorga de Serviço Móvel Pessoal (SMP), que tem abrangência de interesse coletivo<sup>248</sup>. Neste caso, para a autora, as regras da autorização da LGT se transmutariam no conceito de licença e não da autorização descrita da Constituição.

Todavia, se assim for, considerando que a outorga do Serviço Móvel Pessoal não é concessão, permissão ou autorização nos termos constitucionais, a LGT teria criado uma nova modalidade de outorga de prestação de serviço não prevista na Constituição? Mais, para uma mesma regra geral de autorização na LGT, haveria serviços autorizados no sentido da constituição e serviços licenciados nos termos da doutrina?

Em síntese, a autora parece indicar que a diferenciação constitucional entre concessão, permissão e autorização só tem valor se os três conceitos forem adaptados aos conceitos já “solidificados/petrificados” pela doutrina.

Em resposta, Vera Monteiro bem resume:

---

<sup>246</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138 e ss.

<sup>247</sup> A explicação sobre interesse restrito no âmbito da LGT está no Capítulo 1, item 2.2.2 desse trabalho.

<sup>248</sup> A explicação sobre interesse coletivo no âmbito da LGT encontra-se na primeira nota de rodapé do item 2 desse capítulo.

O fato de a Constituição não trazer elementos para uma distinção clara entre instrumentos não significa que elas não tenham uma função no texto constitucional. Sua função é justamente remeter o intérprete a experiências passadas, históricas mesmo, em que esses vocábulos foram usados para representar certas práticas que a Constituição quis integrar à sociedade brasileira pós-1988. E a Constituição, ao usá-los, não eternizou um sentido histórico em detrimento de outro mais atual. Permitiu que as experiências do direito administrativo em matéria de concessão do século XIX fossem trazidas para circunstâncias do século XXI, impondo sua adaptação às novas particularidades sociais e econômicas.<sup>249</sup>

Isso posto, entende-se que não parece lógico ter mais de uma interpretação sobre o termo autorização referido na constituição e na LGT, ele deve ser unívoco. Não se justifica a imposição de entendimentos doutrinários passados, considerando o advento de norma legal que aponta para novos direcionamentos.<sup>250</sup>

Fato é que a LGT estabeleceu regras em consonância com a CF/88 e os instrumentos de outorga em telecomunicações são: a concessão, a permissão e a autorização. Não há que se falar em uma quarta modalidade para que, além das normas legais, os pensamentos doutrinários se enquadrem.

Ultrapassado esse ponto, há de se mencionar a discussão da natureza jurídica da autorização, se seria ou não serviço público. Frequentemente, essa discussão é relacionada a titularidade do serviço. Nesse primeiro momento, todavia, o foco a seguir será a classificação dos serviços.

O principal argumento daqueles que defendem a autorização como forma de delegação de serviço público é a afirmação de titularidade da União dos serviços elencados no art. 21. Em síntese, afirmam que a Constituição, no art. 21, elenca competências da União a determinados serviços e todos esses serviços, pelo fato de estarem descritos no citado artigo, seriam públicos.

Considerando esse raciocínio, Sara Jane Leite de Farias entende que a titularidade dos serviços autorizados da LGT é da União, logo, esses serviços têm natureza de públicos, independente do regime legal ser privado. Afirma:

---

<sup>249</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 96.

<sup>250</sup> Nesse sentido, vale lembrar os ensinamentos de Diego de Figueiredo ao admitir que a doutrina tradicional sobre permissão foi alterada com a edição da Lei de Concessões. Item 1.3.1 desse Capítulo. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 438.)



Significa que, ontologicamente, as atividades arroladas no art. 21, incisos XI e XII (quando executadas mediante autorização), continuam a ser tratadas como serviços públicos, entretanto, sua disciplina legal pode atender a um outro regime, pautado nos princípios inerentes às atividades econômicas que, por conta do princípio da livre iniciativa – artigo 1, inciso IV da CRFB – não pode ser afastado da noção de serviço público naquilo que não seja indispensável para o atendimento do interesse geral.<sup>251</sup>

Na mesma linha, Dinorá Grotti entende que a LGT foi contra a concepção tradicional de serviços públicos, na qual se prega sua prestação, total ou parcial, sob regime de Direito Público. Segundo sua interpretação, a LGT possibilitou que serviços públicos sejam prestados exclusivamente no regime privado.

Não se trata de reservar algumas atividades ao Estado. A lei prevê claramente que cada modalidade de serviço pode ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes público e privado (art. 65). A tarefa de definir cabe ao Presidente da República (art. 18,1), salvo a telefonia fixa, que terá um prestador em regime público<sup>252</sup>.

Esses argumentos não apresentam explicação razoável para conjugar o art. 21 ao art. 175 da CF/88. Lembre-se que este último, expressamente, determina que a delegação de serviços públicos se dê por meio de concessão e permissão. Ou seja, o Constituinte ou esqueceu de mencionar autorização no art. 175 da CF/88 ou introduziu erroneamente o termo autorização no art. 21 da CF/88.

Admitir que tanto no regime público quanto no privado da LGT está-se diante de serviços públicos parece enfraquecer o sistema desenvolvido pela lei, além de ignorar o elemento formal<sup>253</sup> do serviço público que auxilia o entendimento dessa discussão. Como pensar em serviços públicos que, a partir de seus regimes, possuem obrigações díspares. Enquanto em um regime, o público, a LGT expressamente garante que a União deve assegurar a manutenção do serviço, admite a delegação por concessão ou permissão (coadunando-se com o art. 175 da CF), exige o cumprimento dos princípios do serviço público e prevê remuneração por tarifa, no outro regime as regras são mais fluidas.

Nesse sentido, acompanha-se o posicionamento de Carvalho Filho.

---

<sup>251</sup> FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

<sup>252</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71, p. 67.

<sup>253</sup> É dizer, o serviço público possui um regime especial, público.

Em nosso entender, ou a atividade se caracteriza efetivamente como serviço público – hipótese em que poderá este ser prestado por concessão ou por permissão (mas não por autorização) – ou se tratará de atividade meramente privada e, aí sim, poderá ser outorgada a autorização. Além disso, se o serviço é público, somente o regime de direito público poderá regulá-lo em seu perfil fundamental.<sup>254</sup>

Alexandre de Aragão também relaciona a natureza do serviço com o regime em que é prestado:

A questão é, sobretudo, de nomenclatura ('atividade privadas de interesse público' *versus* 'serviços públicos virtuais'), uma vez que a distinção de regime jurídico entre essas atividades de interesse coletivo exercidas ou titularizadas pelo Estado (serviços públicos propriamente ditos) é, como já exposto, evidente. Assim, se o regime jurídico – que é o que importa – é diverso, a inclusão das duas categorias de atividade no mesmo conceito (de serviço público) faria com que este, por sua amplitude, acabasse ficando sem conteúdo.<sup>255</sup>

Some-se, ainda, o pertinente alerta de Roberto Dromi:

O trabalho público, sem distinção de seus executantes, tem inexoravelmente que ser regido no todo ou em parte pelo direito público. Do contrário provoca – e a realidade o confirma – uma distorção perigosa de inversão de regimes jurídicos, levando o Estado a se filiar ao regime jurídico privado, ou os particulares a se submeterem ao peso das cargas públicas.<sup>256</sup>

Floriano Marques entende que a LGT confere a condição de serviço público (em sentido estrito) aos serviços de telecomunicações prestados em regime público. Aos demais serviços, o tratamento dedicado é o de atividades econômicas (em sentido estrito) a serem explorados sob o típico regime de direito privado.<sup>257</sup>

Em síntese, é preciso reavivar o ensinamento de Jèze sobre a importância de um regime próprio do serviço público para assim classificá-lo. Considerando o desenho da LGT, parece não haver lógica jurídica em estabelecer diferenciações entre os regimes, imputando obrigações típicas do serviço público ao regime privado, para, ao final, classificar

---

<sup>254</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed .rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 448.

<sup>255</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 225.

<sup>256</sup> “El obrar público, sin distinción de sus ejecutantes, tiene inexorablemente que estar regido en todo o en parte por el derecho público. Lo contrario provoca —y la realidad lo acredita— una distorsión peligrosa de inversión de regímenes jurídicos, afiliándose el Estado al régimen jurídico privado, o los particulares sometidos al peso de las cargas públicas.” DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, 5ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 531.

<sup>257</sup> MARQUES NETO, Florianos de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

todos os serviços, incluindo aqueles prestados no regime privado que não têm as mesmas obrigações, como públicos.

Ultrapassado o argumento dos regimes é preciso enfrentar o tema da titularidade conjugando os arts. 21 e 175 da CF/88. Alexandre Ditzel Faraco apresenta uma solução conciliatória entre os dois artigos, sem abrir mão da titularidade da União em relação aos serviços prestados no art. 21 da CF/88. Sugere que apenas serão classificadas como serviço público aquelas atividades econômicas que a CF/88, por meio de menção expressa, tiver assegurado a prestação. Havendo essa menção, o legislador ordinário não pode se afastar dessa realidade. Em sua tese, como o art. 175 da CF/88 não cita a expressão *autorização* mencionada no art. 21 da CF/88, o ente público, titular da atividade,<sup>258</sup> pode escolher a forma pela qual deve ser feita a prestação das autorizações.

É possível, assim, que (...) atividades sejam prestadas diretamente sob o regime de serviço público (ou que sejam delegadas a particulares através de concessões ou permissões). Pode-se, ainda, abrir esses setores da economia à iniciativa privada em geral, submetendo-se a um regime concorrencial ou mantendo sobre eles uma forte regulação, afastando ou limitando em determinado grau a liberdade de ação dos agentes econômicos ainda que sem adotar-se o regime de serviço público.<sup>259</sup>

Essa percepção é interessante por reconhecer que os serviços prestados em regime privado, sob autorização, não são serviços públicos. É dizer, mesmo que se admita que a titularidade do serviço é do Estado, as demais características dos serviços públicos não são observadas e, conseqüentemente, os serviços prestados em regime privado são atividades típicas da iniciativa privada.

Há ainda outra forma de conciliar os art. 21, XI e 175 da Constituição: as atividades elencadas no art. 21 não são obrigatoriamente de titularidade da União.

Segundo Alexandre de Aragão, a Constituição dá ao legislador a discricionariedade para enquadrar as atividades descritas no art. 21 ou como serviço público

---

<sup>258</sup> Alexandre Faraco entende que, mesmo nos serviços prestados em regime privado de telecomunicações, estar-se-ia diante de uma atividade econômica de titularidade do Estado. Se a Constituição não estabelece o regime de serviço público, o legislador ordinário é livre para estabelecer outro regime. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 127.

<sup>259</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 125.

ou como atividades privadas de interesse público sujeitas a uma regulação de natureza autorizativa.<sup>260</sup>

Conclui que algumas das atividades previstas no art. 21, mais do que apenas delegadas à iniciativa privada sob a titularidade do Estado, “teriam saído da órbita público-estatal e passado para o mercado, para a livre iniciativa privada, sujeitas, naturalmente, à regulação exógena.”<sup>261</sup>

Na mesma linha, Helena de Araújo Lopes Xavier afirma que, considerando o art. 170, parágrafo único, CF/88, a autorização outorgada no regime privado da LGT “é um condicionamento ao exercício do direito de livre iniciativa, cujo estabelecimento traduz o reconhecimento de que o correspondente direito é pré-existente na titularidade dos particulares.”<sup>262</sup> Nesse sentido, justifica-se o ato de autorização ser declaratório e vinculado.

Para Alexandre de Aragão,<sup>263</sup> a autorização do art. 21 da CF/88 é originada do poder de polícia do Estado.<sup>264</sup> Tanto o poder de polícia como o serviço público são formas de intervenção do Estado na atividade econômica.

Segundo Daniel Edgardo Maljar,<sup>265</sup> serviço público pressupõe a titularidade da Administração, enquanto o poder de polícia regula a atividade por meio de normas, o exercício de atividades por particulares em razão do direito constitucional da iniciativa privada.

A atividade de polícia administrativa do Estado se distingue dos serviços públicos na medida em que esses consistem em prestações positivas aos membros da

---

<sup>260</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 226.

<sup>261</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 227.

O autor entende como regulação exógena aquela feita à atividade econômica que não são de titularidade do Estado e antônima de “regulação endógena” que incide sobre atividade de titularidade do Estado.

<sup>262</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

<sup>263</sup> Segue o mesmo entendimento Gabriel Boavista Laender. LAENDER, Gabriel Boavista. O Regime jurídico das telecomunicações e os serviços de telecomunicação. In: ARANHA, Márcio Iorio. *Direito das telecomunicações estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005.- .191-246, p. 232 e 233.

<sup>264</sup> “Cumpre também destacar que o art. 21 (...) dispõe (...) que essas atividades são da competência da União, que as regulará seja como poder concedente, seja como titular do poder de polícia autorizativo sobre elas incidente.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços pÚblicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 232.

<sup>265</sup> MALJAR, Daniel Edgardo, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 169.

coletividade, ampliando-lhes a esfera jurídica, ao passo que aquela, ao revés, impõe limitações aos indivíduos em prol do conjunto da sociedade. No poder de polícia a Administração Pública condiciona a atividade particular; pelo serviço público ela confere utilidades aos particulares.<sup>266</sup>

Em síntese, adota-se o posicionamento que considera que os serviços outorgados mediante autorização não são serviços públicos e que estão sujeitos ao exercício do poder de polícia.

Por outro lado, mesmo que se conclua que os serviços prestados sob autorização são de titularidade da União, para fins desse trabalho, o resultado alcançado é o mesmo, qual seja: os serviços autorizados não são considerados públicos. No capítulo 1 foi proposto entendimento de que para identificar um serviço público seria preciso verificar cumulativamente os seguintes critérios no que se refere ao serviço: (a) titularidade de um dos entes federativos; (b) prestado diretamente ou delegável por meio de concessão ou permissão, de acordo com o art. 175 CF/88; (c) exige-se a satisfação dos princípios do serviço público, além de regras específicas na prestação; (d) em regra, remuneração obtida mediante pagamento (tarifas ou taxas) do usuário que teve o serviço prestado.

Nesse sentido, a partir do estudado no item 2 desse capítulo os serviços autorizados não são remunerados por taxa ou tarifa e não devem seguir os princípios dos serviços públicos, logo não estariam caracterizados como serviços públicos. Embora, desde o item 2.1 pudesse se alcançar essa conclusão, a discussão enfrentada no item 2.4 deveria ser enfrentada, como dito na Introdução, para bem marcar a diferença entre os regimes e embasar a análise dos conceitos de universalização e massificação.

Vale lembrar os ensinamentos de que os serviços públicos variam no tempo e no espaço. No passado, a Constituição considerou todos os serviços de telecomunicações como públicos, contudo, a EC nº 8/95 alterou essa perspectiva, como bem mencionou o Ministro-Relator Marco Aurélio em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46/DF<sup>267</sup>, que julgou a existência ou não de privilégio no serviço postal.

---

<sup>266</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro:Forense, 2012, p. 190.

<sup>267</sup> Como sabido, consta pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1668-5/DF de 1998 que teve apreciado o pedido de suspensão cautelar de eficácia. Nessa ação, entre outras alegações, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 65, III,

Acredita-se que, após a EC nº 8/95, foi desenhado novo cenário jurídico. Com o advento da LGT, já não são todos os serviços de telecomunicação que serão públicos, a natureza dos serviços, estará relacionada ao regime em que é prestada e a forma de outorga.

Pelo todo o exposto, ratifica-se o entendimento de que os serviços de telecomunicações autorizados, referidos no art. 21 da CF/88, e que ganham significado na LGT, não são serviço público. Trata-se de um serviço de telecomunicações de titularidade da iniciativa privada, ainda que regulado pelo Estado.

Essa realidade não apaga outra, os serviços prestados em regime privado são regulados, há influência do direito público na livre iniciativa. A Anatel pode impor condicionamentos e novas regulamentações tanto aos já autorizados como aos entrantes. A LGT possibilita, em face de relevantes razões sociais, condicionar a outorga à realização de compromissos de interesse da coletividade<sup>268</sup>. Este tema será enfrentado no próximo capítulo sob a perspectiva da massificação.

---

que permitia a concomitância do regime público e do regime privado. Vencido o ministro-relator Marco Aurelio, o Supremo entendeu pela sua constitucionalidade desse inciso. Passados 10 anos, no julgamento da ação, o relator, Ministro Marco Aurelio, parece ter mudado de opinião sobre a LGT. Afirma o Ministro em seu voto: "A maneira como o serviço postal será prestado para a sociedade é, de fato, uma escolha política, cuja opção não compete ao Judiciário fazer: pode ser entendido como um serviço público não exclusivo, de modo que os particulares sejam chamados para atuar em colaboração ao Estado; pode ser tido como atividade econômica em sentido estrito, de tal forma que a atuação privada seja regulada apenas pelas leis do mercado; **pode ser considerada a dualidade de regimes, com prestação tanto no regime público – hipótese em que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos atuaria com observância dos deveres de continuidade e universalidade do serviço - como no regime privado – quando empresas privadas operariam no mercado sujeitas à autorização por parte do Poder Público.** (...)

A possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento por meio da Lei nº 9.472, de 1997, quando consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público e privado. E, **para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço público e atividade econômica é que o Constituinte derivado houve por bem retificar o adjetivo 'público', que qualifica o serviço de telecomunicações, isso quando da Emenda nº 8, de 1995.** Desse modo, o texto atual remete ao 'serviço de telecomunicações' quando versa sobre competência da União para explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, e não mais ao 'serviço público de telecomunicações.' (grifo nosso) fls.71 e 72 do voto do Ministro Marco Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF nº 46/DF*. Tribunal Pleno. Arguente: ABRAED - Associação brasileira das empresas de distribuição. Arguido(a/s): Empresa brasileira de correios e telégrafos – ECT. Intimado(a/s): Sindicato nacional das empresas de encomendas expressas; Associação brasileira de empresas de transporte internacional – ABRAEC. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 18 dez. 2013

Cumpra mencionar que, embora nessa ADPF o Ministro Marco Aurelio restou vencido, os argumentos acima transcritos sobre o setor de telecomunicações não foram contestados nos demais votos dos Ministros.

<sup>268</sup> Art. 130. A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições

### CAPÍTULO 3. UNIVERSALIZAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

O capítulo anterior destinou-se a apresentar o que se considera a principal diferença entre os regimes público e privado no setor de telecomunicações. O prisma central dessa distinção foi entender que no regime público os serviços prestados sob concessão ou permissão têm a natureza pública, enquanto que no regime privado os serviços são abertos à livre iniciativa desde que cumpridos certos requisitos.

Diferentemente dos capítulos anteriores que se centram na diferença, o presente capítulo busca estabelecer um vínculo comum, entre os dois regimes do setor. A universalização, no regime público, e a massificação, no regime privado, guardam especial interseção ainda que, nesse trabalho, se buscará desenvolver e apresentar características jurídicas distintas para cada uma delas.

Para tanto, inicia-se o capítulo estabelecendo os contornos da universalização enquanto princípio e, na sequência, restringe-se seu estudo ao âmbito da LGT com seus critérios e mecanismos bem definidos.

Por fim, analisa-se o conceito de massificação e apresentam-se exemplos de mecanismos existentes. Propõe-se que a massificação seja entendida como uma limitação administrativa à livre iniciativa no exercício do poder de polícia do Estado, porém, sem que se atinja o seu núcleo essencial.

Fato é que universalização e massificação se prestam à ampliação do acesso das telecomunicações e, portanto, embora o primeiro esteja relacionado apenas ao regime público e o segundo ao regime privado, há de se reconhecer que essa característica estabelece uma ponte entre os dois regimes.

---

vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.

Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos.

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o *caput* serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

## **1. O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO**

Para entender o contexto de universalização no setor de telecomunicações, além da própria definição de universalização, é importante ter presente outros conceitos: serviço público, serviço essencial e serviço universal. Essas expressões são conhecidas e utilizadas pelo direito e aparecem com frequência nas discussões deste capítulo. Além disso, não é possível entender universalização em telecomunicações sem considerar as reflexões da União Internacional de Telecomunicações (UIT) sobre universalização/serviço universal à época da elaboração da LGT.

Os conceitos de universalização e serviço universal, assim como, os posicionamentos da UIT serão introduzidos pela primeira vez nesse trabalho, já as noções de serviço público e serviço essencial foram tratados no capítulo 1.

Lembre-se, a noção de serviço público originada no direito francês foi incorporada ao direito brasileiro. Em suma, o serviço público é uma opção política estabelecida em norma infraconstitucional na qual o Estado decide ser titular de um serviço, considerado essencial, sendo a ele facultada a delegação de sua prestação por meio de concessão ou permissão (art.175 CF/88). Durante a prestação do serviço, exige-se a satisfação de regras específicas de cada serviço, além dos princípios do serviço público, entre eles a universalização. Por fim, a remuneração do serviço público é obtida mediante pagamento (tarifas ou taxas, salvo exceções) do usuário que teve o serviço prestado.

Por sua vez, o conceito de serviço essencial, também tratado no capítulo 1, foi relacionado ao de serviço público. A essencialidade é o elemento material que caracteriza um serviço público. Entendeu-se que todo serviço público é essencial. Contudo, nem todo serviço essencial é serviço público. Na discussão desse item afirmou-se que todo serviço de telecomunicações é essencial. Contudo, isso não quer dizer que todos os serviços de telecomunicações serão públicos, como explorado no capítulo 2.



## 1.1. NOÇÃO

De modo geral, o princípio da generalidade ou universalidade ou universalização<sup>269</sup> deve garantir que todos os cidadãos tenham proteção em quantidade e qualidade suficientes para que possam participar da sociedade. Ressalta-se que esse princípio é compatível com os critérios de seletividade<sup>270</sup> no qual se estabelece prioridade para os recursos públicos.

Salienta-se que a seletividade pode ser direta (requer-se informação específica, detalhada e atualizada dos beneficiados, além de realizar-se avaliação pontual dos resultados) ou indireta (vale-se de informações gerais sobre potenciais beneficiários).<sup>271</sup>

Independente de ser seletiva ou não, a universalização deve ser eficaz e integrar políticas social e econômica. De forma sucinta:

Universalizar significa tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais. Expressa o reconhecimento de que o acesso a certos serviços em vista das características hodiernas de nossa sociedade é imprescindível para que se tenha uma vida digna e para que o indivíduo possa ter a potencialidade de exercer plenamente sua cidadania econômica e política.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> Não há unanimidade em definir o princípio da universalidade ou generalidade como de universalização. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, por exemplo, o princípio da universalidade predica que os serviços devam ser prestados a todos de forma indistinta. Enquanto, a universalização teria configuração distinta por ser necessária adoção de políticas públicas para integrar os desafortunados. Para mais detalhes: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p. 75-115, abr/jun. 2006. p. 77-78

Trata de distinção bastante interessante, contudo, o princípio da universalidade ou generalidade, inserido em regime do direito público, tal como definido pelo autor, em si, é inócuo. Em outras palavras, para efetivação deste, ou de qualquer outro dos princípios do serviço público, é necessária a intervenção Estatal, seja por lei, seja pela adoção e elaboração de políticas públicas. Portanto, filiamo-nos neste trabalho ao entendimento da CEPAL que agrega ao conceito de universalidade as duas definições propostas por Floriano de Azevedo. BIELSCHOWSKY, Ricardo (comp.). *Sesenta años de la CEPAL. textos seleccionados del decenio 1998-2008*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p.179.

<sup>270</sup> BIELSCHOWSKY, Ricardo (comp.). *Sesenta años de la CEPAL. textos seleccionados del decenio 1998-2008*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p.182.

Justifica-se a seletividade a partir da necessidade de tratar desigualmente os desiguais (art. 170, *caput*, da CF/88), princípios da isonomia e da igualdade e que finalmente visam garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

<sup>271</sup> BIELSCHOWSKY, Ricardo (comp.). *Sesenta años de la CEPAL. textos seleccionados del decenio 1998-2008*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p.181.

<sup>272</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.9-58, abr./jun. 2003, p.9-10.

O Direito reflete e preocupa-se em efetivar o princípio da universalização por meio de distintas regulamentações conjugadas com atuações políticas. No Direito Público, o conceito de universalização frequentemente aparece relacionado à prestação de serviços públicos, como um princípio<sup>273</sup>.

Nos serviços regulados pelo Estado, de natureza pública ou não, a universalização visa que todos têm direito ao acesso e à fruição do serviço; além disso, ele deve ser de qualidade e ofertado a preços adequados.

Especificamente sobre o sistema de telecomunicações, entende-se que, bem estruturado, ele possibilita a comunicação entre pessoas é um instrumento de solidificação de um Estado Democrático, pois, além de sua função social (socialização) e econômica (negócios), possui o aspecto político por permitir e facilitar a livre associação, a disseminação de opiniões, dentre outros. O investimento em telecomunicações representa rentabilidade social e econômica e deve reforçar a evolução favorável de perfis sociodemográficos. Nesse contexto, o estímulo a universalização é importante por buscar garantir o desenvolvimento em todos os segmentos sociais sem limitações econômicas, geográficas ou culturais.

## 1.2. SERVIÇO UNIVERSAL

O conceito de serviço universal surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América (EUA), em um ambiente de telecomunicações, por meio do *Communications Act of 1934*, como uma política e um propósito no setor de comunicações, dispõe a norma:

Disponibilizar, na medida do possível, a todas as pessoas dos Estados Unidos uma rede rápida, eficiente, que abranja todo o país, bem como um serviço de comunicação de rádio com a infraestrutura adequada e preços razoáveis.<sup>274</sup>

Décadas depois, foi incorporado pela União Europeia visando a proteção dos interesses tanto dos usuários como do prestador nas atividades de interesse econômico geral<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> cf. item “princípios” no Capítulo 1.

<sup>274</sup> “to make available, so far as possible, to all the people of the United States, a rapid, efficient, nationwide, and worldwide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges” THE CENTRE FOR INTERNET; Society and The Global Initiative for Inclusive Information and Communication Technologies. *Universal service for persons with disabilities: a global survey of policy interventions and good practices*. India: Hemkunt Publishers, 2011, p. 1 e 2.

Serviço de interesse econômico geral é uma terminologia utilizada nos arts. 16º e 86º(2) do Tratado Constitutivo da União Europeia, bem como no art. 36º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que passou a ser empregada em vários documentos europeus.

A definição de serviços de interesse geral é complexa porque abrange serviços de infraestrutura (energia, transporte, telecomunicações, postais), saúde, educação e outros serviços sociais. Consequentemente, os serviços são prestados em bases diferentes (alguns seguem a regra livre iniciativa “de mercado”, outros não). Na busca por uma definição foi editado em 2003 o Livro Verde<sup>276</sup> sobre Serviços de Interesse Geral que abre consulta pública para que interessados se manifestem sobre o tema já estabelecendo e delimitando alguns parâmetros para nortear as manifestações.

A inserção dessa terminologia no âmbito Europeu buscou romper com os monopólios estatais e estabelecer a concorrência no âmbito da União Europeia.<sup>277</sup> A discussão que se apresenta é se o Tratado “serviço de interesse econômico geral” substituiu o conceito de “serviço público”.<sup>278</sup>

Alguns doutrinadores (...) sustentam que o Tratado da EU e a própria realidade socioeconômica teriam abolido a noção de serviço público, existindo atualmente na Europa apenas os chamados serviços de interesse econômico geral, de conteúdo bem mais fluido e *soft*, muito semelhantes às *public utilities* anglo-saxônicas por constituírem atividades da iniciativa privada, sujeitas à livre concorrência, mas submetidas a uma forte regulação estatal, muito semelhante aos serviços públicos funcionais ou objetivos, ou seja, definíveis não por seu vínculo com a Administração Pública, mas sim por sua ligação com interesses públicos<sup>279</sup>.

Já Alexandre de Aragão entende no sentido de que a União Europeia não acabou com os serviços públicos, apenas editou regra de concorrência, permitindo que cada

---

<sup>275</sup> Para entendimento aprofundamento recomenda-se cf. JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 196 e ss.

<sup>276</sup> Os Livros Verdes, lançados pela Comissão Europeia, têm a função de emitir relatórios, estimulando o debate sobre um determinado tema. Apresenta propostas e perguntas a serem respondidas pela sociedade (cidadãos, empresas, organizações); trata-se de uma consulta pública. Os livros verdes são produzidos pela Comissão Europeia desde 1984. Após a produção de um livro verde pode ser gerado um livro branco.

<sup>277</sup> RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p. 48 -50.

<sup>278</sup> Para aprofundar o tema, recomenda-se a leitura de ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 491-530.

<sup>279</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 113. É importante destacar que Alexandre não enumera os doutrinadores, apenas cita que Odete Medauar narra essa controvérsia entre autores espanhóis.

Estado Membro adote as medidas jurídicas cabíveis, inclusive classificando uma atividade como serviço público.

Este entendimento parece ser corroborado pelo próprio Livro Verde ao afirmar que as noções de serviço de interesse geral<sup>280</sup> ou serviço de interesse econômico geral não se confundem com a de serviço público<sup>281</sup>. Aquelas seriam mais amplas que esta.

O mesmo Livro Verde expressa entendimento de que o termo serviço público refere-se a serviços aos quais os Estados-Membros impõem determinadas obrigações de serviço público em virtude de interesse geral<sup>282</sup>. Por obrigações de serviço público, o próprio documento informa que o conceito é utilizado para se referir a obrigações específicas impostas pelas autoridades públicas a quem presta um dado serviço.

Um dos elementos<sup>283</sup> comuns ao conceito de interesse econômico geral é o serviço universal<sup>284</sup> que tem um caráter dinâmico<sup>285</sup> e flexível<sup>286</sup>. O Livro Verde afirma:

---

<sup>280</sup> Abarca atividades econômicas e não econômicas.

<sup>281</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre serviços de interesse geral de 21 de maio de 2003, COM(2003) 270 final*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p 7.

<sup>282</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre serviços de interesse geral de 21 de maio de 2003, COM(2003) 270 final*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p 7.

<sup>283</sup> Expressão utilizada pelo Livro Verde sobre Interesse Geral de 21 de maio de 2003. COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre serviços de interesse geral de 21 de maio de 2003, COM(2003) 270 final*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p 16.

<sup>284</sup> Para aprofundar o conceito de serviço universal em telecomunicações:

a) DIRECTIVA 2002/22/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0022-20091219&qid=1400717035215&from=EN>>. Acesso em: 10 jan 2014.

b) DIRECTIVA 98/10/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01998L0010-20020424&qid=1400717405207&from=EN>>. Acesso em: 10 jan 2014.

<sup>285</sup> “O conceito de serviço universal tem um carácter dinâmico. Garante que os requisitos de interesse geral têm em devida conta a evolução política, social, económica e tecnológica e permite que estes requisitos sejam, sempre que necessário, adaptados às necessidades dos cidadãos.” COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral de 21 de maio de 2003, COM(2003) 270 final*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p 16.

<sup>286</sup> “Trata-se também de um conceito flexível, plenamente compatível com o princípio da subsidiariedade. A partir do momento em que os princípios do serviço universal são estabelecidos ao nível da Comunidade, a aplicação dos mesmos pode ser deixada à responsabilidade dos Estados-Membros, permitindo assim que as diferentes tradições e práticas nacionais e regionais sejam consideradas.” COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral de 21 de maio de 2003, COM(2003) 270 final*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p 17.

O conceito de **serviço universal** refere-se a um conjunto de requisitos de interesse geral que garantem que certos serviços são disponibilizados, com a qualidade específica, a todos os consumidores e utentes no território de um Estado-Membro, independentemente da sua localização geográfica, e a um preço acessível, em função das condições nacionais específicas. (...) Num contexto de mercado liberalizado, uma obrigação de serviço universal garante que cada indivíduo tem acesso ao serviço a um preço razoável e que a qualidade do mesmo é mantida e, quando necessário melhorada. (...)

**Acresce que o conceito de serviço universal pode aplicar-se a diferentes estruturas de mercado, podendo ser utilizado como factor de regulação dos serviços nas diferentes fases da liberação e da abertura ao mercado.** (grifo nosso)<sup>287</sup>

O livro recebeu contribuições sobre diversas perspectivas e o resultado dessa consulta pública foi plasmado no Livro Branco sobre os “serviços de interesse geral” de 2004<sup>288</sup>. A conclusão no Livro Branco foi que, naquela ocasião, não seria adequado apresentar uma proposta de diretiva na matéria, e sugeriu-se que a Comissão reexaminasse a questão posteriormente.

Todavia, o Livro Branco reafirmou a importância de assegurar acesso, qualidade e preços adequados dos serviços de interesse geral, e ressaltou a essencialidade deles para a coesão social e competitividade da economia europeia. Ainda, segundo o livro compete às autoridades, independente da forma de organização (atividade do setor privado, atividade confiada a empresas privadas ou públicas), regular os mercados e assegurar que as prestadoras realizem missões de serviço público a elas confiadas.

Concretamente o Livro Branco produziu uma série de princípios orientadores<sup>289</sup>: i) permitir às autoridades públicas estar próximas dos cidadãos; ii) **atingir objetivos de serviços públicos em mercados abertos e competitivos**; iii) **assegurar a coesão e o acesso universal**; iv) manter um nível elevado de qualidade e segurança; v) garantir os direitos dos usuários; vi) acompanhar e avaliar o funcionamento dos serviços; vii) respeitar a diversidade dos serviços e das situações; viii) aumentar a transparência; e ix) **promover segurança jurídica**.

---

<sup>287</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral de 21 de maio de 2003*, COM(2003) 270 final. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/green-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/green-papers/index_pt.htm) >. Acesso em: 10 jan 2014, p. 16 e 17.

<sup>288</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre serviços de interesse geral de maio de 2004*, COM(2004) 374. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/white-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/white-papers/index_pt.htm) >. Acesso em: 10 jan 2014.

<sup>289</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre serviços de interesse geral de maio de 2004*, COM(2004) 374. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/white-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/white-papers/index_pt.htm) >. Acesso em: 10 jan 2014, p. 7-12.

Sobre os princípios grifados, em síntese, há uma preocupação em manter a premissa de um mercado aberto e competitivo, sem negar a importância de se atingir finalidades de serviço público. Um delas, sem que haja restrição apenas aos serviços públicos, talvez o de maior relevo, é o serviço universal como “uma noção-chave que a Comunidade desenvolveu para assegurar a acessibilidade efectiva dos serviços essenciais.”<sup>290</sup> Para atingir esses objetivos, é fundamental que regras, incluindo as de financiamento estatal, sejam claras e transparentes.

No ordenamento pátrio, o termo “interesse geral econômico” não se encontra plasmado em normas. Contudo, a compreensão do tema e de seus desdobramentos, em especial do elemento ‘serviço universal’, é fundamental. Isso porque, naturalmente, a doutrina nacional<sup>291</sup>, ao estudar o direito comparado, busca adaptar, enquadrar, fazer uso dessas discussões, pensando na realidade brasileira.

Floriano de Azevedo Marques Neto relaciona a noção de serviços públicos a de serviço universal<sup>292</sup>:

Na nova regulação de serviços públicos, com a introdução da competição, a regulação tarifária não mais se justifica pelo fato de existir exclusividade na prestação. Ela (a regulação de tarifas) decorre da necessidade de impedir que, mediante liberdade de preços, possa haver intimidação da universalização com restrição ao acesso e fruição daqueles menos aquinhoados. É dizer, a regulação tarifária também se constitui como parte de uma política de universalização.<sup>293</sup>

Acrescente-se, ainda:

(...) se abriu caminho, como complemento da liberalização, para um novo conceito, **uma nova ideia, a de ‘serviço universal’** definida como o conjunto de exigências

<sup>290</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre serviços de interesse geral de maio de 2004*, COM(2004) 374. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/white-papers/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/white-papers/index_pt.htm)>. Acesso em: 10 jan 2014, p. 8.

<sup>291</sup> Cf. MARQUES NETO, Florian de Azevedo. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 531-547.

<sup>292</sup> No direito Europeu, a espanhola Matilde Carlón Ruiz relaciona esses conceitos da seguinte forma: “(...) entendido el servicio público como una *ideología* cuyo fin no es otro que compatibilizar los postulados del libre mercado con la consecución de determinadas misiones prestacionales de interés general que el mercado por si mismo no asegura – asumiendo que, como tal, forma parte del acervo ideológico y político-jurídico de Europa – no hay incompatibilidad alguna entre <<servicios público>> y <<servicio universal>>. En estos términos, el servicio universal sería una *técnica* de servicio público adaptada a los nuevos tiempos, con lo que la *institución* como tal, reflejo de la *ideología de servicio público*, quedaría incolúme.” RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p. 31.

<sup>293</sup> MARQUES NETO, Florian de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p. 75-115, abr/jun. 2006, p.81.

mínimas que devem ser impostas às empresas que prestem atividade de interesse geral para garantir a todos certas prestações básicas de qualidade e de preços acessíveis.<sup>294</sup> (grifo nosso)

Cabe a ressalva de que, embora seja comum relacionar o conceito de universalização ao de serviço público, nem no conceito de universalização tradicionalmente adotado pela doutrina brasileira, nem no conceito europeu, ele está necessariamente atrelado em uma relação simbiótica com o conceito de serviço público.

Entende-se que o conceito de serviço universal não traz exatamente inovação ao conceito de universalização, uma vez que o enfoque do primeiro é permitir acesso ao cidadão a um serviço de qualidade e preço adequado, independente da região onde estiver. É possível, no entanto, perceber uma ampliação de perspectiva do último. Há um enfoque, também, na empresa prestadora de serviços, na medida em que o conceito de serviço universal deve ser utilizado como fator de regulação dos serviços em suas diferentes fases de liberação e abertura do mercado. É dizer, convidam-se os Estados a pensarem um serviço universal, estimulando a competição.

Falta dizer que os objetivos da coesão econômica, social e territorial estão intimamente relacionados a este conceito, uma vez que se trata de evitar que os processos de liberalização conduzam a uma fragmentação não assumida no seio da sociedade moderna, risco que é especialmente grave em relação às telecomunicações, devido a sua natureza qualificada<sup>295</sup>.

De fato, ainda que o sistema de telecomunicações brasileiro pareça flertar com essa evolução administrativa europeia, interesse econômico geral, ela não se encontra inserido na LGT.<sup>296</sup> Isso porque no sistema brasileiro não se estabelece um regime, mas dois. O mesmo não ocorre com a noção de serviço universal, acredita-se que ele foi incluído no

---

<sup>294</sup> “Entretanto se ha abierto paso, como complemento de La liberalización, un nuevo concepto, una nueva idea: la de ‘servicio universal’, definido como el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas que presten actividades de interés general para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles.” REBOLLO, Luis Martín. *Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el derecho administrativo español*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporânea do direito administrativo: Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85-114, p.108.

<sup>295</sup> “Huelga decir que los objetivos de cohesión económica, social y territorial están íntimamente implicados en este concepto, puesto que se trata de evitar que los procesos de liberalización conduzcan a una fragmentación inasumible en el seno de las sociedades modernas, riesgo que es especialmente grave en relación con las telecomunicaciones, debido a su naturaleza cualificada” RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p.65.

<sup>296</sup> No caso das telecomunicações no Brasil, a construção jurídica foi diversa, não há apenas o regime privado, optou-se por criar dois regimes jurídicos. Por outro lado, há um forte incentivo à competição entre os diferentes prestadores de serviços.

contexto das telecomunicações brasileira desde 1997, a partir do advento da LGT, como se demonstrará.

### 1.3. A UNIVERSALIZAÇÃO NO CONTEXTO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES.

Estabelecida a ideia geral de universalização e suas semelhanças com o termo serviço universal, é preciso avançar mais um passo na compreensão do conceito de universalização em telecomunicações.

Para tanto, esse item se destina a relatar como o conceito de universalização ou a ideia de serviço universal, se desenvolveu na União Internacional de Telecomunicações (UIT)<sup>297</sup>, da qual o Brasil é Estado-Membro.

#### 1.3.1. PRIMEIRA PROPOSTA DE ENTENDIMENTO NA UIT

No início da década de 90 do século passado, a UIT, em uma reunião conhecida como *Regulatory Colloquium*<sup>298</sup>, propôs definir serviço universal, seus critérios e abrangência.

---

<sup>297</sup> A UIT, criada em 1865, é a Agência do Sistema das Nações Unidas dedicada a temas relacionados às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Atualmente é formada por 193 Países Membros e mais de 700 Membros de Setor e Associados (setor público e privado incluindo universidades e centros de pesquisas). Atualmente, o principal objetivo da UIT é “Conectar o Mundo” por meio da mobilização de recursos humanos, técnicos e financeiros necessários ao alcance das metas de conectividade estabelecidas no marco da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI) e redução do hiato digital.

O trabalho realizado pela UIT abarca três setores: **Setor de Normalização das Telecomunicações (UIT-T)**, dedicado principalmente à elaboração de normas para a criação de consenso sobre as novas tecnologias que garantem o funcionamento, a interoperabilidade e a integração dos sistemas de comunicação em todo mundo; **Setor de Radiocomunicações (UIT-R)**, preocupado em garantir a utilização eficaz do espectro de radiofrequências e a realização de estudo para o desenvolvimento de sistemas de radiocomunicações; e **Setor de Desenvolvimento das Telecomunicações (UIT-D)**, que tem como missão principal estimular o incremento do acesso à infraestrutura e aos serviços de informação e comunicação. Para alcançar tal objetivo, a UIT-D assiste países por meio de mobilização de recursos técnicos, humanos e financeiros necessários ao acesso a TICs. A UIT atuou na formulação da desestatização do setor, inclusive na elaboração da LGT.

Ao longo dos seus 149 anos, a UIT tem coordenado o uso global compartilhado do espectro de radiofrequência, trabalhado na melhoria da infraestrutura de telecomunicações junto a países em desenvolvimento, estabelecido normas mundiais para prover interconexão entre vários sistemas de comunicação, além de dedicar especial atenção a temas como fortalecimento da segurança cibernética. Para mais detalhes visitar: [www.itu.int](http://www.itu.int)

<sup>298</sup> UIT. *Colloquium nº 2 - universal service and innovation: fostering linked goals through regulatory policy*. Geneva, December 1-3, 1993. Disponível em: <<http://www.itu.int/pub/S-GEN-COL2-1993>>. Acesso em: 30 ago. 2013.



Naquele momento, após intenso debate, concluiu-se pela não definição da expressão, tendo em vista que a ideia de “serviço universal” poderia materializar-se de diversas formas dependendo do país e do contexto político. Em outros termos, seria um conceito fluido que dependeria do momento histórico e do desenvolvimento das tecnologias. Estas, por estarem em constante evolução, poderiam tornar os serviços de telecomunicações viáveis economicamente em áreas antes desinteressantes.

Independentemente da falta de definição, avançou-se em estabelecer os seguintes elementos que comporiam o serviço universal: (i) acesso a telefones; (ii) disponibilização e possibilidade de cobrança e pagamento pelo serviço; (iii) caráter residual, identifica-se grupo(s) que, por distintas razões, não é(são) economicamente interessante e ele(s) deve(m) ser atendido(s); (iv) desenvolvimento de infraestrutura; (v) a oferta de alguns serviços de telecomunicações.

Esse posicionamento refletiu o pensamento da época. Nas hipóteses de falha de mercado, tais como áreas rurais e remotas ou áreas de concentração de população de baixa renda, que normalmente não são atrativas economicamente, o país devia garantir o mínimo de telecomunicações. Nesse sentido, escolhia-se um ou mais serviços que, em alguns casos, poderiam ser subsidiados e que garantiriam a comunicação, como por exemplo: telecomunicações de emergência, telefones de uso público, telefonia fixa.

### 1.3.2. PROPOSTA DE DEFINIÇÃO E NOVO ENTENDIMENTO

Os membros da UIT só propuseram uma definição em 1998, na publicação sobre elementos e princípios da Sociedade de Informação:

Serviço universal é um objetivo de longo prazo de tornar os meios de comunicação disponíveis a todos os membros da sociedade, individualmente ou por família; ele é usado, em especial, em um sistema legislativo-regulatório para indicar a obrigação que têm as operadoras de telecomunicações de prestar seus serviços a toda a população.<sup>299</sup>

---

<sup>299</sup> “universal service is long-term objective of making communication facilities available to every member of society on an individual or household basis, and it is used in particular in the regulatory-legislative framework to indicate the obligation of telecommunication operators to provide their services to the entire population.” UIT. *Elements and principles of the information society*. 1998. Disponível em: <[www.itu.int/osg/spu/wsis-themes/access/.../IS%20Principles.doc](http://www.itu.int/osg/spu/wsis-themes/access/.../IS%20Principles.doc)>. Acesso em: 30 ago. 2013.

No mesmo ano de 1998, ao se realizar o Relatório Final da Conferência Mundial do Setor de Desenvolvimento da UIT<sup>300</sup>, ressaltou-se:

Em tese, já se encontra disponível tecnologia que proveja acesso de telecomunicações a qualquer local na superfície da terra. Acesso Universal já não é tanto uma questão de engenharia ou infraestrutura, mas, principalmente, um desafio regulatório e político.<sup>301</sup>

Pelo relatório apresentado, percebe-se uma mutação acerca da percepção de serviço universal em relação a primeira posição da UIT. Admitiu-se que a infraestrutura era essencial para as telecomunicações, porém também se reconheceu a existência de tecnologia(s) capaz(es) de gerar acesso a todos os rincões do planeta. Considerou-se que o objetivo dos serviços universais era facilitar a comunicação entre todos os membros da sociedade, não se restringindo a um nível mínimo de telecomunicações. Ao contrário, por decisão política regulatória, poder-se-ia obrigar operadores a ofertar seus serviços a toda população.

Nesse sentido, registre-se, ainda, que, durante a própria Conferência Mundial do Setor de Desenvolvimento da UIT (ITU-D), em 1998, decidiu-se por criar uma Questão de Estudos sobre Serviço Universal de Banda Larga<sup>302</sup>. Tal fato demonstra um direcionamento mundial para não mais limitar o serviço universal ao mínimo de comunicação e sim para garantir a todos os cidadãos o direito de se comunicar por meio das tecnologias disponíveis. Para tanto, repita-se, é preciso um marco regulatório e políticas públicas.

---

<sup>300</sup> Como forma de melhor organizar seus trabalhos, a UIT instituiu três setores: Radiofrequência, Normatização e Desenvolvimento. Esses setores dividem-se em períodos de estudos. Com intervalos de quatro anos, cada um desses setores se reúne, isoladamente, em uma grande Conferência Mundial com seus Estados-Membros, Membros do Setor Privado e Membros associados para definir seus rumos de estudos e de trabalhos. Como resultado dessas Conferências, tem-se um Relatório Final com novas recomendações e resoluções aprovadas. Esses instrumentos não são mandatórios, mas são importantes instrumentos para direcionar a forma de atuação de seus membros.

<sup>301</sup> "Technology that theoretically provides telecommunication access from anyplace on the surface of the Earth is already available. At the same time, the introduction of cheaper, more efficient sources of supply and new players should help shift the balance from supply-deficit to demand stimulation. As a result, universal access is now not so much an engineering or supply-side problem but rather a regulatory and policy challenge." ITU. *World telecommunications development report*. 1998. Malta: ITU, 1998. Disponível em: <[http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/wtdr\\_98/](http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/wtdr_98/)> Acesso em: 30 ago. 2013. p.14.

<sup>302</sup> Essa Questão de Estudos ainda existe, apesar de seu escopo ser modificado e renovado a cada período de estudos. No período de 2010-2014, era referida por Q.7-3/1 – ITU-D. Após a Conferência de Dubai, em abril de 2014, a Questão foi mais uma vez reformulada e ganhará nova numeração.

Como se verá a seguir, o marco regulatório brasileiro, ao desenhar a universalização plasmada na LGT, reflete prioritariamente a primeira proposta de entendimento adotada pela UIT em 1993.

## **2. UNIVERSALIZAÇÃO NA LGT**

Como mencionado da Introdução, a Lei Geral de Telecomunicações insere-se em um contexto político nacional e internacional de mudanças. Nesse sentido, é preciso reconhecer que o conceito de serviço universal discutido tanto no âmbito europeu quanto da UIT, de alguma forma, influenciou a formação do conceito de universalização na LGT.

Porém, é também imperioso reconhecer que o termo “universalização” no âmbito da LGT ganhou contornos próprios. No setor de telecomunicações, ele está restrito ao regime público.

### **2.1. NOÇÃO**

No Brasil, como já dito, a Constituição atribuiu à União<sup>303</sup> a competência para explorar, diretamente ou mediante concessão, permissão e autorização, o setor de telecomunicações nos termos da lei. Para que se quebrasse o monopólio do setor, foi preciso a edição da EC nº 08/1995.

Em 10 de dezembro de 1996, o Ministro das Comunicações encaminhou o projeto de lei com a Exposição de Motivos nº 231/MC<sup>304</sup>. Esse documento, constantemente citado em trabalhos sobre o setor, é importante por apresentar breve histórico e o pensamento daquela época, que evidentemente influenciaram o modo como o projeto de lei foi elaborado.

---

<sup>303</sup> “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.” da CF/88

<sup>304</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Exposição de Motivos nº 231/1996*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

Nele, a universalização aparece como um dos objetivos fundamentais da reformulação do setor. Destaca-se, pois, que a ideia contida é fundamentalmente de universalizar os serviços básicos, serviços públicos.

## 2. Os Objetivos da Reforma

(...)De forma sucinta, esses objetivos poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da **competição** na exploração dos serviços e a **universalização do acesso aos serviços básicos**<sup>305</sup>.

No arcabouço regulatório, presumindo-se que os consumidores economicamente atrativos são atendidos satisfatoriamente por um mercado competitivo, a universalização<sup>306</sup> é pensada sobre duas situações genéricas: (i) serviços de

---

<sup>305</sup> O texto segue:

“Esses objetivos são os seguintes:

I) fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário. (...);

II) aumentar e melhorar a oferta de serviços.(...);

III) em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial.(...);

IV) criar condições para que o desenvolvimento do setor seja **harmônico com as metas de desenvolvimento social do País**. Quatro são as proposições básicas consolidadas nesse objetivo: propiciar condições para **reduzir o diferencial de cobertura** dos serviços de telecomunicações entre as diversas regiões do País e **entre as diversas faixas de renda**; criar **condições para a prática de tarifas razoáveis e justas** para os serviços de telecomunicações; promover **serviços de telecomunicações que incentivem o desenvolvimento econômico e social do País**; e alcançar **metas específicas de serviço universal**;

V) maximizar o valor de venda das empresas estatais de telecomunicações sem prejudicar os objetivos anteriores. (...)

**Esses objetivos serviram de sustentação ao desenvolvimento de um modelo econômico para o setor, feito em conjunto** pela equipe do Ministério das Comunicações e por **consultores internacionais supridos pela UIT - União Internacional de Telecomunicações**, como exposto no início desta Exposição de Motivos. **Esse modelo foi utilizado para suportar a proposta de arcabouço regulatório e de estrutura de mercado para o setor, a ser descrita a seguir.**” MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Exposição de Motivos nº 231/1996*. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>. Acesso em: 30 ago. 2013. p. 15 e 16.

<sup>306</sup> **3. Aspectos Fundamentais do Arcabouço Regulatório**

(...)A ideia da universalização do acesso contempla duas situações genéricas:

?? serviços de telecomunicações individuais, com níveis de qualidade aceitáveis, devem ser fornecidos, a tarifas comercialmente razoáveis, dentro de um prazo razoável, a qualquer pessoa ou organização que os requisitar;

?? outras formas de acesso a serviços de telecomunicações devem ser fornecidas, em localizações geográficas convenientes, a tarifas acessíveis, àquelas pessoas que não tiverem condições econômicas de pagar tarifas comercialmente razoáveis por serviços individuais.

Na primeira dessas situações, (...) a competição na exploração dos serviços fará com que os consumidores economicamente atrativos sejam atendidos satisfatoriamente(...).

**Já a segunda situação diz respeito àqueles casos em que o custo de prover o acesso físico seja elevado** (por exemplo, em localidades remotas no interior do País, nas áreas rurais, nas periferias das grandes cidades, em regiões escassamente povoadas) ou em que os clientes potenciais disponham de renda inferior à que seria necessária para criar uma oportunidade de investimento atrativa para algum provedor de serviço. Nesse caso, o acesso a serviços de telecomunicações poderá requerer algum tipo de subsídio, que deverá ser idealizado e distribuído de modo a não criar vantagens nem desvantagens para nenhum dos operadores e, ao mesmo tempo, possibilitar o atendimento a esse objetivo social ao menor custo.

telecomunicações individuais, com qualidade, tarifas e prazos razoáveis, a qualquer pessoa que os requisitar; e (ii) prover os serviços em localidades remotas no interior do País, nas áreas rurais, nas periferias das grandes cidades, em regiões escassamente povoadas. Para essa última situação, há previsão de mecanismos de financiamento.

Apesar de a LGT ter sido elaborada também com consultores da UIT, o marco regulatório brasileiro reflete basicamente a primeira proposta de entendimento da UIT de 1993. Na exposição de motivos, fala-se prioritariamente em serviços mínimos (telefonia fixa) e em desenvolvimento de infraestrutura para aumentar a cobertura dos serviços. A universalização tem um caráter residual, se considerado que ela será de alguma forma subsidiada e promoverá o acesso em locais economicamente desinteressantes.

É, pois, com base no contexto acima referido que a LGT entra em vigor. Nela define-se universalização da seguinte forma:

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

Como se observa, essa definição resume todo o exposto no que se refere ao entendimento do conceito de universalização, em geral, e no contexto das telecomunicações. Contudo, sua abrangência acaba por se restringir ao regime público, de acordo com os arts. 63 e 64<sup>307</sup> da LGT. É dizer, há obrigação de universalização apenas para aqueles serviços que a União se compromete assegurar, os serviços públicos. Logo, apenas

---

**Atender a essa segunda situação é o que comumente se chama de obrigação de serviço universal**, e financiar essa obrigação é o terceiro ponto fundamental da regulação tratada neste item. (grifo nosso) MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Exposição de Motivos nº 231/1996*. 1996. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>. Acesso em: 30 ago. 2012. p. 18.

<sup>307</sup> Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

as concessionárias do STFC<sup>308</sup>, prestadoras de serviço público, têm o dever de universalizar a partir dos mecanismos de universalização estipulados na LGT, como se verá a seguir.

Em outros termos, ainda que a definição de universalização aparentemente seja ampla, a própria LGT restringiu seu âmbito ao regime público estabelecendo aos serviços públicos obrigações e mecanismos, é dizer, universalização na LGT é sinônimo de princípio da universalização nos serviços públicos.

## **2.2. MECANISMOS DE UNIVERSALIZAÇÃO**

A universalização dos serviços de telecomunicações se dá por meio de políticas públicas que visem garantir acesso e fruição dos serviços prestados em regime público ao maior número de usuários.

A estruturação das políticas de universalização cabe à Anatel que, após estudos, encaminha proposta ao Ministério das Comunicações e este, após debates, aprova-a por meio de Decreto pelo Poder Executivo. Finalmente, essas políticas são aplicadas e fiscalizadas pela Agência<sup>309</sup>. Trata-se de uma repartição de atribuições.

Em verdade, tal opção reflete a tentativa de uma composição entre política e técnica, uma vez que supõe um regime de relações institucionais entre o Governo e a Anatel com o escopo de preservar os valores democráticos e a necessidade da atuação técnica da agência reguladora.<sup>310</sup>

Evidentemente o regulador não pode impor a universalização e a penetração da telefonia sem considerar aspectos econômicos, pois políticas sociais e econômicas devem ser complementares.

Para tanto, a LGT estabeleceu dois planos de universalização com fontes de financiamento distintas, são dois pilares que sustentam o conceito de universalização no regime público. Em ambos os casos, a execução desses planos é de responsabilidade das concessionárias.

---

<sup>308</sup> Repita-se, até o momento, apenas o STFC foi incluído como modalidade de serviço a ser prestado no regime público.

<sup>309</sup> Art.19, I, III, XXX e 22, III da LGT.

<sup>310</sup> D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. *As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do Fust*. Brasília: UniCeub, 2013, p. 95.

O primeiro deles é Plano Geral Metas de Universalização (PGMU) que, pelo estabelecido em lei, deriva de obrigação contratual. Logo, para a implementação desse plano, as concessionárias o concretizam com seus próprios recursos.

No PGMU, podem ser incluídas obrigações que a Agência e o Governo entendem prioritárias para permitir o acesso às telecomunicações, desde que não interfiram no equilíbrio econômico financeiro da concessão.

O segundo pilar é o Plano de Metas de Universalização (PMU) que é financiado pelo Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust)<sup>311</sup>. O PMU deve conter propostas, consonantes com a Lei do Fust, de acesso/obrigações de universalização de serviços de telecomunicações que cujos investimentos não sejam recuperáveis, mesmo com uma exploração eficiente do serviço.

É dizer, reconhece-se que nem todo custo de políticas de universalização pode ser imputado em sua totalidade às concessionárias, uma vez que algumas dessas políticas podem não ser economicamente recuperáveis. Entende-se o PMU como um típico instrumento de políticas públicas, uma vez que não se exige do projeto que seja economicamente viável.

Sobre o tema, cabe mencionar a visão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) sobre a estratégia de universalização da LGT, em estudo realizado em 1998, após a edição da LGT, porém antes da privatização do Sistema Telebrás e da edição da Lei do Fust. Ou seja, trata-se de uma tentativa de interpretação e percepção do futuro em um ambiente de total mudança do setor:

O compromisso de universalização de acesso implica, portanto, que em algumas regiões geográficas e/ou segmentos sociais mais carentes o Fundo de Universalização de Acesso deve prover recursos para subsidiar parte dos custos de instalação da planta e fornecimento dos serviços públicos básicos, de modo que cumpra as metas colimadas. A outra parte dos custos deve ser paga pelos usuários, através da tarifa cobrada. Os recursos desse fundo devem, por sua vez, provir de outros usuários, já que estes usufruem, em maior ou menor grau, das externalidades positivas geradas pelo acesso daqueles beneficiários, tendo, portanto, um “excedente a mais” a ser extraído por uma taxação. Como a demanda

---

<sup>311</sup> A LGT determinou a criação do Fust em seu art. 81 e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, o instituiu.

de acesso é tipicamente menos elástica, a taxaço sobre esses usuários costuma incidir sobre a tarifa de acesso, de maneira que minimize o   nus da sociedade.<sup>312</sup>

A expectativa parecia ser de que o Fust, ainda não criado    época, fosse o grande impulsionador da universaliza  o. Na prática, porém, a realidade do acesso às telecomunica  es tem apresentado contornos distintos.

Não    exatamente objetivo do presente trabalho avaliar esses Planos (PGMU e PMU) ou descer    minúcias sobre os resultados por eles alcançados em rela  o ao objetivo inicial de prover um serviço mínimo. Contudo, cumpre destacar alguns pontos.

Só se desenvolveu PGMU e PMU para as concessionárias de STFC, uma vez que apenas parte do STFC está inserido no regime público. O PGMU está em sua terceira edi  o, enquanto o Governo s   aprovou um PMU.<sup>313</sup>

As metas estabelecidas nos PGMUs priorizaram o acesso individual do STFC. No PGMU I<sup>314</sup>, a obriga  o era prover acessos individuais    localidades com mais de 600 habitantes. No PGMU II<sup>315</sup>, os acessos individuais deveriam ser instalados na localidade com mais de 300 habitantes. O PGMU III<sup>316</sup> manteve a obriga  o de atendimento    localidades com mais de 300 habitantes.

Contudo, não basta apenas garantir a disponibilidade de infraestrutura. “Há que se garantir meio de acesso economicamente ao serviço, o que compreender  , no curso da progressiva universaliza  o, necessariamente, a oferta de estruturas tarifárias diferenciadas.”<sup>317</sup> Nesse sentido, o PGMU II trata do Acesso Individual Classe Especial (AICE)

---

<sup>312</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; NERI, Marcelo Cortes. *Texto para discussão n   573: reflexões sobre os mecanismos de universaliza  o do acesso disponíveis para o setor de telecomunica  es no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998, p. 26.

<sup>313</sup> Resumidamente pode-se dizer que o primeiro PMU destinava-se a pagar o Terminal Telef  nico para Surdo (TTS) instalado em associa  es de pessoas com deficiência auditiva.

<sup>314</sup> BRASIL. *Decreto n   2.592, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2592.htm) >. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>315</sup> BRASIL. *Decreto n   4.769, de 27 de junho de 2003*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4769.htm) >. Acesso em: 30 ago. 2012. Entrou em vigor em 1   de janeiro de 2006.

<sup>316</sup> BRASIL. *Decreto n   7.512, de 30 de junho de 2011*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7512.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7512.htm) >. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>317</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universaliza  o, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p. 75-115, abr/jun. 2006, p. 85.



ou “telefone popular”. Trata-se de uma modalidade de serviço pré-pago para uso residencial e limitado a um acesso por domicílio.

No PGMU III, o AICE ganha novos contornos, porque restringe o benefício àquelas famílias inscritas no Cadastro Único dos Programas Sociais do Governo Federal.<sup>318</sup> Atualmente sua assinatura mensal é de, no máximo, R\$ 15,00 (quinze reais), com franquia de 90 minutos para chamadas locais destinadas a outros telefones fixos. Para chamadas locais excedentes ou para chamadas para celulares e interurbanos, é necessária a compra de créditos.

Os PGMUs também se preocuparam em estabelecer metas de acessos coletivos. Isso significa garantir a existência de Telefones de Uso Público (TUP). Desde o primeiro PGMU, estabeleceu-se 300 metros como distância máxima entre os TUP em uma mesma localidade. Contudo, a densidade de TUP por 1000 habitantes tem diminuído ao longo do tempo. O PGMU I previu uma densidade de 7,5; o PGMU II de 6 e o PGMU III de 4. Justificou-se essa diminuição pela baixa utilização do serviço nos grandes centros, onde a concentração da população é maior.

Por outro lado, se o PGMU I obrigava a instalação de TUP para as localidades com 300 habitantes, no PGMU, II tal obrigatoriedade passou a ser para as localidades com 100 habitantes. No PGMU III, essa regra se manteve. Note-se que, embora, nessas localidades não haja obrigação de acesso individual, optou-se por garantir um serviço mínimo para a comunicação daqueles cidadãos.

No PGMU III, estabeleceram-se locais em que os TUP deveriam ser instalados mediante solicitação e disponibilidade, independente do quantitativo de habitantes, tais como: hospitais e escolas públicas, quilombolas, população extrativista, assentamentos rurais e aldeias indígenas. Por fim, o PGMU III estabeleceu que 2,5% dos TUP devem estar adaptados para comunicação das pessoas com deficiência de fala, audição e locomoção. O

---

<sup>318</sup> Tanto no AICE do PGMU II como do PGMU III houve regulamentação da Anatel, respectivamente, Resolução nº 427, de 16 de dezembro de 2005 e Resolução nº 586, de 5 de abril de 2012. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 586, de 5 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2012/359-resolucao-586>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

PGMU II determinava a adaptação de 2%. Essas regras também objetivavam garantir o mínimo de comunicação.

Repita-se, todos esses avanços na ampliação do acesso da telefonia determinados pelo PGMU são obrigações de natureza contratual. Por isso, os custos são de responsabilidade da própria concessionária.

O outro mecanismo de universalização estabelecido em lei é o PMU que, embora executado pelas concessionárias, tem seu financiamento com recursos arrecadados pelo Fust.

Como dito, o Fust é um fundo previsto no art. 81 da LGT e criado pela Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000<sup>319</sup>. Em 2001, o fundo passou a ser recolhido. Somente em junho de 2008, o Ministério das Comunicações, por meio da Portaria nº 273, de 3 de junho de 2008<sup>320</sup>, aprovou Norma nº 01/2008 que estabeleceu os procedimentos para eleição de projetos a serem financiados com os recursos do fundo.

Antes mesmo dessa norma, muitas foram as tentativas de aprovar projetos, porém, apenas um, até o momento, concretizou-se em PMU. Trata-se de um Programa de Atendimento à Pessoas com Deficiência, aprovado pela Portaria nº 263, de 27 de abril de 2006<sup>321</sup>. Após os trâmites necessários, editou-se o Decreto nº 6.039, de 7 de fevereiro de 2007<sup>322</sup>, conhecido como PMU I.

Esse plano previu que as instituições cadastradas no Sistema Nacional de Informações sobre Deficiência (Sicorde) da Secretaria de Direitos Humanos (SDH), vinculado à Presidência da República, teriam direito à instalação e manutenção de equipamentos que possibilitam a comunicação, via telefone fixo, das pessoas com deficiência auditiva. Além

---

<sup>319</sup> BRASIL. *Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9998.htm)>. Acesso em: 10 out. 2013.

<sup>320</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Portaria nº 273, de 3 de junho de 2008*. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/portarias/26974-portaria-n-273-de-3-de-junho-de-2008>>. Acesso em: 10 out. 2013.

<sup>321</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Portaria nº 263, de 27 de abril de 2006*. Disponível em: <[http://www.mc.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26818:portaria-n-263-de-27-de-abril-de-2006&catid=273:portarias](http://www.mc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26818:portaria-n-263-de-27-de-abril-de-2006&catid=273:portarias)>. Acesso em: 10 out. 2013.

<sup>322</sup> BRASIL. *Decreto nº 6.039, de 7 de fevereiro de 2007*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6039.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6039.htm)>. Acesso em: 10 out. 2013.

disso, essas instituições teriam a isenção mensal da assinatura básica, sendo garantida uma franquia de minutos em chamadas locais.

O Decreto do PMU I previu o estabelecimento de metas trimestrais de instalações, calculando-se que todas as instituições seriam atendidas em nove meses a partir da celebração do Termo de Obrigações entre Anatel e concessionárias. O Termo foi assinado em 5 de setembro de 2007 e a previsão de que 782 instituições fossem atendidas em benefício de 19 mil pessoas com deficiência auditiva não se cumpriu.

Das 782 instituições previstas, apenas cerca de 100 aderiram ao Programa. Entre as razões para o insucesso, Daniel D'Albuquerque<sup>323</sup> indica: (i) documento de adesão que deveria ser firmado entre as instituições e a Anatel e SDH continha muitas obrigações e, considerando a falta de assessoria jurídica das instituições, essas optaram por não assinar; (ii) a implementação do projeto ocorreu 2 anos após as primeiras sondagens realizadas pela SDH; (iii) o projeto se restringia a equipamentos tecnológicos que fossem compatíveis com o STFC, ou seja, desconexo com a demanda que exigia SMP e internet<sup>324</sup>; (iv) ao longo do procedimento de adesão, Anatel e SDH verificaram que muitas das 782 instituições não se enquadravam no critério de “instituições de assistência específica às pessoas com deficiência”, impossibilitando sua adesão ao projeto.

Após apuração das obrigações desse PMU, estimou-se que, em valores reajustados, será ressarcido às concessionárias pouco menos de R\$ 200.000,00 dos quase R\$ 12.5 bilhões<sup>325</sup> arrecadados ao Fust até dezembro de 2012<sup>326</sup>.

Dos mecanismos de universalização acima expostos, é fundamental dizer que o PGMU, alinhado ao ambiente concorrencial, especialmente após a desestatização do setor,

---

<sup>323</sup> D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. *As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do fust*. Brasília: UniCeub, 2013, p. 135.

<sup>324</sup> Cabe lembrar mais uma vez que o PMU é pensado para os serviços prestados em regime público, concessionárias, e que, até o momento, o único serviço nesse regime é o STFC.

<sup>325</sup> No final de dezembro de 2013 o Fundo do Fust já havia arrecadado pouco mais de 16 bilhões, segundo números obtidos junto a Anatel em 2014.

<sup>326</sup> Para aprofundar essa discussão, recomenda-se leitura de D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. *As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do Fust*. Brasília: UniCeub, 2013, p. 137 e ss.

foi um grande impulsionador do acesso às telecomunicações. O STFC foi o primeiro serviço a chegar a todos os municípios do Brasil.

Contudo, como sabido, o mercado de telecomunicação é muito dinâmico e evolui tecnologicamente de forma acelerada. Hoje a demanda social parece exigir, na maior parte dos casos, mais do que um mínimo de comunicação. Ressalta-se que essa tendência alinha-se à segunda proposta de definição de serviço universal adotada pela UIT.

### 2.3. UNIVERSALIZAÇÃO E CONCORRÊNCIA

O modelo proposto pela LGT é de não exclusão ou oposição entre universalização e concorrência. Note-se que essa proposta assemelha-se ao entendimento proposto pela União Europeia para serviço universal<sup>327</sup>.

Isso porque se pretende que universalização e concorrência se complementem.

Mais que em qualquer outro segmento de utilidades públicas objeto de reforma regulatória, a LGT foi sábia em equilibrar estas duas vertentes, franqueando ao poder público e especialmente ao órgão regulador mecanismos para promover a universalização sem comprometer a competição.<sup>328</sup>

O principal argumento utilizado pela doutrina baseia-se no fato de, no novo modelo regulatório, admitirem-se empresas autorizadas (e não apenas as concessionárias) prestando o serviço de telefonia fixa (STFC)<sup>329</sup>, é dizer, concessionárias e autorizadas são concorrentes.

Helena de Araújo Lopes Xavier vai além:

O sistema especial de competição desenhado pela LGT não só admite a concorrência com a concessionária através de prestadoras que desenvolvam concomitantemente a mesma atividade econômica, só que no sistema menos oneroso do regime privado, como também através da existência de outras

---

<sup>327</sup> V. item serviço universal acima.

<sup>328</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p. 75-115, abr/jun. 2006, p. 83.

<sup>329</sup> O primeiro Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, determinou que o STFC pudesse ser prestado em ambos os regimes, o mesmo documento ratificou que os demais serviços seriam submetidos ao regime privado.

concessionárias, recusando assim caráter de exclusividade ou privilégio ao contrato de concessão, conforme dispõe o art.84, *caput*, LGT.<sup>330</sup>

Note-se que, à medida que a concorrência cresce, os agentes econômicos buscam reduzir preços e explorar demandas reprimidas para conquistar maior participação no mercado. Por sua vez, em um ambiente competitivo, os usuários de serviços têm maior possibilidade de escolha e, conseqüentemente, exigem maior qualidade do serviço a um menor custo.

Sabe-se que apenas a concorrência mercadológica não garante acesso aos serviços de telecomunicações a toda a população nem necessariamente uma qualidade mínima do serviço. Isso porque, é característica da livre iniciativa que os agentes econômicos invistam em mercados que lhes garantam rentabilidade econômica e de forma a captar o maior número de clientes.

Para que se alcance o acesso universal às telecomunicações, são necessárias políticas públicas e instrumentos de efetivação próprios. É preciso que se pense em políticas de universalização e, ao mesmo tempo, em instrumentos eficientes de regulação do mercado para que os benefícios sociais almejados sejam alcançados.

### **3. MASSIFICAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES**

Até o momento, trabalhou-se o conceito de universalização no setor de telecomunicações, respeitando as delimitações legais estipuladas na LGT que dão àquele um contorno teórico bem definido.

Sedimentado esse entendimento é preciso avançar na discussão. Nesse sentido, será introduzida a noção de massificação no setor de telecomunicações.

#### **3.1. NOÇÃO**

O art. 2º, I, II e VI da LGT,<sup>331</sup> independente do regime jurídico, afirma que cumpre ao Poder Público garantir políticas de acesso às telecomunicações com tarifas e

---

<sup>330</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

preços razoáveis<sup>332</sup> em condições adequadas. Além de estimular a expansão do uso de redes e serviços de modo a beneficiar a população e desenvolver econômica e socialmente o país. Isso porque os serviços de telecomunicações são considerados essenciais.

Embora o art. 2º da LGT fale em expansão do acesso dos serviços de telecomunicações, a própria lei estabelece critérios rígidos para a ampliação do acesso dos serviços prestados em regime público. Nesse regime, o acesso às telecomunicações com tarifas e condições adequadas, como visto, será alcançado com cumprimento dos princípios típicos dos serviços públicos, em especial do princípio da universalização.

O mesmo rigor não se observa no regime privado, uma vez que a lei o direciona a uma prestação de serviço mais livre e estabelece que a regulamentação que deve respeitar os princípios constitucionais da atividade econômica. A princípio, o acesso é consequência da livre expansão das prestadoras autorizadas.

Após a reestruturação do setor de telecomunicações, focou-se na expansão no serviço prestado em regime público. Como visto no item anterior, com as edições do PGMU, possibilitou-se que o STFC fosse o primeiro serviço de telecomunicações a atingir todos os municípios brasileiros. Houve expansão da infraestrutura que, antes no Brasil, era bastante deficitária.

Por outro lado, os serviços prestados no regime privado, tais como o serviço móvel pessoal (SMP – telefonia móvel) e o serviço de comunicação multimídia (SCM – também conhecido como banda larga fixa) se expandiram<sup>333</sup> tendo em vista a demanda reprimida, avanços tecnológicos e interesses da iniciativa privada. Isso, contudo, não garantiu que todas as localidades fossem servidas. Foi constatada a necessidade de avançar.

---

<sup>331</sup> Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

<sup>332</sup> Note-se que no art. 2º, I, da LGT, ao se mencionar tarifa e preço a Lei está falando dos dois regimes: público e privado.

<sup>333</sup> Os dados referentes à evolução do setor (acesso, densidade e outros) estão disponíveis em: [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), na aba dados.

Nesse contexto, relembre-se a segunda proposta de definição de serviço universal da UIT que já não foca em um garantir serviço mínimo.

Em 2008, passados 10 anos da reestruturação, a Portaria nº 178, de 22 de abril de 2008<sup>334</sup>, do Ministério das Comunicações indicou, na implementação de políticas públicas, à Anatel que adotasse as seguintes diretrizes, entre outras: **ampliar a oferta de serviços para o acesso à Internet** por meio de banda larga; **reduzir as barreiras ao acesso** e ao uso **dos serviços** de telecomunicações para as classes de menor renda; **ampliar a oferta de todos os serviços de telecomunicações de interesse coletivo, nas diversas regiões do País**; assegurar a competição e a concorrência na exploração de serviços, de modo a proporcionar os benefícios aos usuários em termos de preço e qualidade; criar ambiente favorável ao surgimento e fortalecimento de novos prestadores de serviços de telecomunicações de pequeno e médio porte.

A partir dessa determinação, que, pela redação, se concentrou no regime privado<sup>335</sup>, a Anatel, por meio da Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008,<sup>336</sup> publicou o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil – PGR. Trata-se de documento estratégico que apontou os rumos da regulação do setor para os 10 anos subsequentes.

A Resolução nº 516/2008 enumera princípios regulatórios, previstos ou decorrentes da LGT, que orientam e balizam a atuação da Anatel, entre outros: acelerar a redução das desigualdades regionais<sup>337</sup> e possibilitar a oferta dos serviços de telecomunicações da forma mais homogênea possível em todo território nacional<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Portaria nº 178, de 22 de abril de 2008*. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/portarias/26969-portaria-n-178-de-22-de-abril-de-2008>> Acesso em: 11 out. 2013.

<sup>335</sup> Lembre-se que, no regime público, há concessão apenas de STFC e as determinações da portaria referem-se a banda larga e a expansão dos serviços de telecomunicação.

<sup>336</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014.

<sup>337</sup> Isso significa: “Quando da escolha da granularidade - área geográfica determinada onde uma prestadora deve atuar, com obrigações do atendimento, preços e qualidade, para um serviço ou conjunto de serviços e aplicações -, não há como não considerar a enorme desigualdade existente na sociedade brasileira e a responsabilidade do Estado brasileiro em combatê-la e reduzi-la, estando a cargo da Anatel a implementação das políticas com esse fim, no campo das telecomunicações.

Desse modo, a área de prestação de serviços a ser definida, por exemplo, não deve ser tão pequena que leve à existência de áreas desertas de serviços de telecomunicações, ou cujo acesso seja inviabilizado em decorrência dos preços dos serviços. Por outro lado, a área não deve ser tão grande que torne os serviços

Esses princípios dão origem a diversos objetivos que, por sua vez, estão relacionados a propósitos estratégicos e são concretizados por meio de ações para a atualização da regulamentação de curto, médio e longo prazo. O primeiro dos Objetivos é a massificação do acesso em banda larga. Sobre o tema, informa a referida Resolução:

Considerando a demanda crescente por conteúdo multimídia e a necessidade de superação do hiato digital, que exige transmissão de dados em alta velocidade com elevada capacidade e faixas de radiofrequências disponíveis, bem como as possibilidades de inclusão social que esse conteúdo permite, verifica-se a necessidade de massificar o acesso em banda larga para as diversas camadas da população. Aspecto igualmente relevante diz respeito às exigências de aplicações específicas para cada segmento social.

(...)

**O aumento da abrangência e da capilaridade do acesso garantirá a ampliação dos benefícios sociais advindos do acesso e do uso da informação, sendo que a competição, inclusive no que diz respeito às redes, deverá ser o vetor para a massificação do seu uso. Este objetivo é um dos principais orientadores da atuação da Anatel.**<sup>339</sup>

O propósito estratégico da massificação da banda larga é estimular tanto o surgimento de outros prestadores de acesso quanto o uso da infraestrutura existente. Note-se que, alinhado a um objetivo social de ampliar o acesso e uso das telecomunicações, há uma preocupação concorrencial, de estímulo à competição no mercado. A partir dessas premissas, pensou-se em ações de curto, médio e longo prazo.

Sem que o termo massificação seja encontrado na LGT, o PGR utilizou-o como expressão para indicar ampliação de acesso à banda larga. Desde então, outras Resoluções

---

não competitivos, reduza a atratividade para investimentos ou provoque complexidade administrativa na regulação, que prejudique seu resultado e produza ambiente competitivo inadequado.” AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014. Item: “II.2. Acelerar a redução das desigualdades regionais”

<sup>338</sup> Isso significa: “O Brasil dispõe atualmente de uma infra-estrutura de telecomunicações de abrangência, capilaridade e capacidade suficientes para permitir, a partir de atuação regulatória adicional, a ampliação do uso dos serviços e das redes e, com isso, a máxima apropriação de benefícios e ganhos por parte da sociedade. Essa ampliação deve ser realizada de modo a reduzir as discrepâncias territoriais e sociais e permitir que o cidadão brasileiro possa acessar e usar as telecomunicações em qualquer lugar e a qualquer hora, de preferência com qualquer dispositivo apto a atender suas necessidades específicas. Estímulos também devem ser gerados a partir de vários setores para que sejam mitigadas as barreiras ao acesso e ao uso das telecomunicações, em especial aqueles referentes à redução dos custos causados por tributos e por outras formas de ônus incidentes na prestação dos serviços de telecomunicações, em toda a sua cadeia produtiva.” <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014. “Item: II.3. Ampliar a oferta e o uso de serviços e das redes de telecomunicações em todo o território brasileiro”

<sup>339</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014. Item: “III.1. Massificação do Acesso em Banda Larga”



da Anatel<sup>340</sup> em seus “considerandos” têm replicado essa determinação do PGR de massificar o acesso em banda larga. A Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010,<sup>341</sup> em seus “considerandos”, reconheceu a massificação do serviço móvel. Apenas em 2013, pela primeira vez, a Anatel utilizou o termo “massificação” no corpo de uma regulamentação<sup>342</sup>.

Embora a regulamentação seja tímida na utilização do termo, ele acabou sendo empregado em outros serviços prestados em regime privado. Em artigo comemorativo dos 20 anos da Constituição Federal, o então presidente da Agência afirmou que “[a] Anatel vem empreendendo ações com vistas à difusão e massificação de outros serviços, como os de telefonia móvel e os serviços de banda larga.”<sup>343</sup>

Diante disso, questiona-se: existe base legal e mecanismos que justifiquem a utilização de termos distintos para promover a ampliação do acesso dos serviços de telecomunicações?

---

<sup>340</sup> Resolução nº 556, de 20 de dezembro de 2010; Resolução nº 557, de 20 de dezembro de 2010; Resolução nº 558, de 20 de dezembro de 2010. As três, ao justificarem a edição de seus respectivos regulamentos, citam que o PGR estabelece a massificação do acesso em banda larga, bem como a simplificação da Regulamentação com vistas à convergência.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 556, de 20 de dezembro de 2010*. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/19-resolucao-556>>. Acesso: 22 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 557, de 20 de dezembro de 2010*. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/20-resolucao-557>>. Acesso: 22 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 558, de 20 de dezembro de 2010*. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/24-resolucao-558>>. Acesso: 22 jan. 2014.

<sup>341</sup> “CONSIDERANDO a necessidade de identificar faixas de radiofrequências em segmentos abaixo de 5 GHz para uso em aplicações móveis, que viabilizem e acelerem o processo de convergência das aplicações fixo-móveis, no qual foi observada acentuada penetração e **massificação do serviço móvel nos últimos anos**, aliadas ao crescimento das aplicações de banda larga móvel;

CONSIDERANDO o interesse público, representado pela necessidade de atender a demanda crescente e acelerada por serviços que ofereçam banda larga móvel, de **promover a massificação do acesso em banda larga móvel**, de atender ao disposto no Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, em especial nos incisos III e VI do art. 1º e nos incisos V e VI do art. 6º, de ampliar o uso de redes e serviços de telecomunicações, e, ainda, a necessidade de maximizar o uso racional e econômico do espectro de radiofrequências;” (grifo nosso) AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 544, de 11 de agosto de 2010*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2010/41-resolucao-544>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>342</sup> Art. 22 do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) aprovada pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013. “Art. 22. Os projetos do art. 19 deverão observar as seguintes diretrizes: (...) V - massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.” AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2013/680-resolucao-629>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

<sup>343</sup> SARDENBERG, Ronaldo Mota. Vinte anos da Constituição de 1988: as telecomunicações e o cidadão. In: DANTAS, Bruno (org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois - Os cidadãos na carta cidadã*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v.5. p 386-401, p. 397.

Fernando Rocha e Eliana Leão, em obra realizada em 1999, afirmam, sem deixar de criticar, que, a partir da EC nº 08/95, o Estado transfere a titularidade de atividades de telecomunicações que passam a ser exercidas como atividade econômica. Por outro lado, alertam para uma aparente, porém enganosa, dicotomia na distinção entre regime público e privado e para a necessidade de que todos os serviços de telecomunicações sejam universais e contínuos.<sup>344</sup>

Eles defendem que, considerando o art. 2º da LGT, independente do regime jurídico, em qualquer hipótese, e “a todo custo devem ser buscadas a *universalização* e a *continuidade* do serviço.(...) Negar tal evidência é rasgar os cânones constitucionais, sobrepondo os interesses particulares aos da coletividade.”<sup>345</sup>

Essa enérgica conclusão talvez tenha raiz em uma confusa interpretação da própria LGT e da distinção dos regimes público e privado nela estabelecidos. Logo, não é possível concordar que a universalização e a continuidade, tal qual referidas na LGT, se estendam a todos os serviços de telecomunicações. Isso porque, como já demonstrado<sup>346</sup>, esses princípios possuem sistemáticas próprias no regime público.

Cumprir observar que, talvez, os termos universalização e continuidade tenham sido utilizados pelos autores de forma ampla, apenas para indicar o cumprimento de princípios do serviço público. Se a conclusão no capítulo anterior fosse a de que os serviços de telecomunicações, independente do regime, são públicos, nessa hipótese, de fato, a massificação se enquadraria como um princípio dos serviços públicos.<sup>347</sup> A partir dessa premissa, seria mais compreensível a proposta<sup>348</sup> dos autores de que no regime privado se

---

<sup>344</sup> ROCHA, Fernando Antônio Dusi e LEÃO, Eliana Goulart. *Concessões e permissões no século XXI*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 207 e 211.

<sup>345</sup> ROCHA, Fernando Antônio Dusi e LEÃO, Eliana Goulart. *Concessões e permissões no século XXI*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 212.

<sup>346</sup> As peculiaridades da continuidade e da universalização encontram-se, respectivamente, no item 1.2 do Capítulo 2 e no item 1 desse Capítulo.

<sup>347</sup> Note-se que se o princípio da continuidade fosse aplicado no regime privado, sem maiores aprofundamentos, poderi-se-a, chegar a interpretação de que a União deveria garantir a continuidade de as empresas iniciassem atividade de telecomunicações e que por qualquer motivo desajassem encerra-las. Isso incluiria, além das empresas de telefonia celular, de televisão por assinatura, radiotaxi e etc.

<sup>348</sup> Diz-se “mais compreensível” por se nota alguma incoerência em afirmar, ainda que em tom de crítica, que a titularidade dos serviços de telecomunicações já não são estatais e, ao mesmo tempo, defender tão ferozmente a aplicação de princípios de serviços públicos para todos.

observassem os princípios de universalização e continuidade. Contudo, a proposta apresentada foi distinta, propôs-se que apenas no regime público os serviços são públicos.

Dito isso, é preciso avançar no entendimento de como efetivar a massificação no regime privado, sem relacioná-los a princípios dos serviços públicos.

O art. 128 da LGT prescreve que a Agência deve observar a exigência de mínima intervenção na vida privada. Todavia, esse mesmo artigo admite a imposição de condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado. Na mesma linha, a LGT possibilita, em seu art. 135<sup>349</sup>, o estabelecimento de condicionantes de compromissos de interesse da coletividade às autorizações, muito embora essas outorgas estejam no âmbito da iniciativa privada.<sup>350</sup>

Também há permissão legal, no art. 71. da LGT, para que a Agência estabeleça restrições, limites ou condições à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, tudo visando promover a competição efetiva, bem como impedir a concentração econômica no mercado.

Em síntese,

[p]ermite-se à Anatel o estabelecimento de limitações ou a imposição de encargos que não seriam normais em um regime de mercado. Mas isso tem caráter excepcional e deve observar a existência de vínculos de necessidade e adequação com certas finalidades devidamente especificadas, assim como gerar um proveito proporcional à privação imposta (cf.128 e incisos da LGT)<sup>351</sup>

Segue-se a linha de que esses condicionantes e limitações existem em razão do poder de polícia que a União possui sobre os serviços prestados sob autorização. Alexandre de Aragão<sup>352</sup> define limitações administrativas como:

---

<sup>349</sup> Art. 135 da LGT: Agência poderá “excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado,”.

<sup>350</sup> Vale lembrar que, de acordo com o art.17, parágrafo único, Resolução nº 73/1997, da Anatel, os serviços de interesse coletivo, prestados tanto no regime público como no regime privado, estão sujeitos a condicionamentos para que sua exploração atenda o interesse da coletividade. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: jun. 2013.

<sup>351</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 129.

<sup>352</sup> Estuda-se limitações administrativas e poder de polícia como instrumentos únicos. Cabe a ressalva de que para Aragão é através do poder de polícia que o Estado implementa as limitações administrativas “As

todo condicionamento ou redução do âmbito de exercício de liberdades e propriedades, operada pela Administração Pública com base em lei ou na Constituição, ponderando-as com outros valores constitucionais, mas sem atingir o núcleo essencial de tais liberdades e propriedades.<sup>353</sup>

Adverte o autor que, ao editar essas limitações, o Estado tem obrigações tanto comissivas quanto omissivas. Explica-se: no primeiro caso, o Estado deve “fazer o particular respeitar os outros direitos e valores sociais que possam ser afetados pelo exercício indiscriminado da sua liberdade (obrigação de limitar)”<sup>354</sup>. Por outro lado, o Estado deve omitir-se porque tem obrigação de respeitar o núcleo essencial da cada liberdade a ser limitada, sob pena de desconfigurá-la.

Em síntese, segue-se a linha de que os serviços autorizados não são serviços públicos, mas atividades privadas que se submetem ao poder de polícia. É nesse ambiente de poder de polícia do regime privado das telecomunicações, que a LGT possibilitou, em algumas situações de interesse social, a limitação do direito da livre iniciativa.

Nesse sentido, o Legislador determinou que a Anatel, ao estabelecer compromissos, o fizesse por meio de regulamentação, respeitando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade. Acredita-se que, com o fim de massificar os serviços de telecomunicações, é possível que se imponham limitações administrativas às autorizações.

É dizer, com o fim de concretizar os princípios regulatórios sociais: (i) redução das desigualdades regionais e (ii) ofertas, o mais homogêneas possível, em todo território nacional<sup>355</sup>, é possível limitar a iniciativa privada, sem que, com isso, o núcleo essencial da livre iniciativa seja extinto.

---

limitações administrativas e o poder de polícia representam aspectos diferentes de ponderação de direitos e valores constitucionais aplicada pelo Poder Executivo: as limitações administrativas referem-se aos seus aspectos mais gerais e constitucionais e o poder de polícia, aos seus aspectos mais operacionais e administrativos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 181.

<sup>353</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 177.

<sup>354</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 178.

<sup>355</sup> Estes princípios encontram-se expressos de forma inequívoca na Resolução nº 516/2008 que aprovou o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR). AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014.

### 3.2. MECANISMOS DE MASSIFICAÇÃO, EXEMPLOS.

Diferentemente do que ocorre na universalização que, no âmbito do regime público, possui diversos mecanismos de expansão do serviço, a massificação dos serviços em regime privado não possui mecanismos próprios, de modo que os condicionamentos permitidos em lei são o instrumento para pontualmente estimular a ampliação das ofertas de serviços.

Nesse sentido, são apresentados dois exemplos considerando a preocupação atual em massificar os serviços de banda larga fixa (SCM) e telefonia celular (SMP).

O primeiro exemplo é mais amplo do que o escopo da Anatel. Trata-se de políticas públicas de Governo, referentes às comunicações, que priorizam a massificação da Banda Larga, por meio do Programa Nacional de Banda Larga e do Programa Brasil Conectado (PNBL)<sup>356</sup>. Para tanto, desenvolveu-se um conjunto de ações, nas quais se exige também a atuação da Anatel.

Além disso, a própria Anatel é responsável por aplicar políticas públicas. Nesse sentido, seguindo a Portaria nº 178, de 22 de abril de 2008, do Ministério das Comunicações, e o PGR elaborado pela Anatel têm atuado para ampliar o acesso da telefonia móvel a diversas regiões do país. É sob esse contexto que se apresenta o segundo exemplo de mecanismo visando a massificação de serviços no regime privado.

#### 3.2.1. PLANO NACIONAL DE BANDA LARGA

O PNBL, oficialmente instituído pelo Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010<sup>357</sup>, visa fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a: **massificar<sup>358</sup> o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga**; acelerar o desenvolvimento econômico e social; promover a inclusão digital; reduzir as desigualdades social e regional; promover a geração de emprego e renda; ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços

---

<sup>356</sup> Para mais detalhes: [www.mc.gov.br](http://www.mc.gov.br).

<sup>357</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm)> Acesso em: 10 out.2013.

<sup>358</sup> Essa é a expressão utilizada pelo decreto.

do Estado; promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação, e; aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

Em síntese, o PNBL é uma política pública que tem a intenção de estimular a expansão da infraestrutura dos serviços de telecomunicações e nas quais as atividades da Anatel se inserem. Além disso, visa ampliar o acesso a serviços pela população e possibilitar melhores condições de preço, cobertura e qualidade. “A meta é proporcionar o acesso à banda larga a 40 milhões de domicílios brasileiros até 2014 à velocidade de no mínimo 1 Mbps.”<sup>359</sup>

Para tanto, diversas ações são determinadas pelo citado Decreto ou pensadas<sup>360</sup> a partir de suas diretrizes, das quais se destacam algumas a seguir.

A primeira dessas diretrizes é a ampliação da rede nacional. Para tanto, o Decreto determinou a reativação da empresa de economia mista, Telebrás,<sup>361</sup> para que ela, entre outras atribuições, fosse o suporte nas políticas públicas de banda larga<sup>362</sup>.

Nesse sentido, concretamente, a Telebrás está expandindo uma rede de telecomunicações e oferece serviços de acesso dedicado à internet aos prestadores de serviços de telecomunicações, desde que eles possuam autorização expedida pela Anatel e que sejam ofertados aos usuários finais a preços módicos.

Além disso, a Telebrás auxilia na implantação do projeto cidades digitais<sup>363</sup> do Ministério das Comunicações. Apenas excepcionalmente, a Telebrás oferta serviço ao

---

<sup>359</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Programa nacional de banda larga (PNBL)*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/acoes-e-programas/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

<sup>360</sup> O Decreto determinou a criação do fórum Brasil Conectado para a promoção do diálogo entre os entes da federação, do poder legislativo, entidades representativas das prestadoras de telecomunicações, fabricantes, produtores e desenvolvedores de equipamentos, conteúdo e software, respectivamente e representantes da sociedade civil e de defesa do consumidor e definições de metas a serem implementadas até 2014.

<sup>361</sup> TELEBRÁS. [Início]. Brasília, 2013. Disponível em: < <http://www.telebras.com.br/> >. Acesso em: 26 mar. 2013.

<sup>362</sup> Para entender a polêmica à época da reativação da Telebrás: SIQUEIRA, André. Uma nova Telebrás: em meio a críticas do setor privado, o governo decide usar a estatal para ampliar o acesso à internet e a concorrência na oferta de banda larga. *Carta Capital*, São Paulo, v. 15, nº 595, p. 22-25, maio 2010.

<sup>363</sup> O projeto de “cidades digitais” nasceu de forma autônoma e pontual de acordo com as necessidades e empenho de municípios, basicamente. Para entender o contexto inicial: PAIVA, Fernando; POSSETI, Helton. Oásis digital: Governo federal prepara plano nacional de digitalização de cidades, inspirado em iniciativas municipais de sucesso. *Teletime*, São Paulo, Ano 10, nº 101, p. 26-30, jul. 2007.

usuário final, sendo a sua vocação ofertar no atacado e estimular o desenvolvimento de pequenas empresas.

A segunda diretriz é promover incentivos fiscais e financeiros. Assim, com o REPABL - Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga -, tem-se a desoneração tributária para estímulo ao investimento em redes. Há redução das alíquotas de PIS/Cofins para projetos de implantação, ampliação ou modernização de redes de telecomunicações que suportam acesso à internet banda larga e para terminais de acesso. O Ministério das Comunicações acredita que dessa forma há incentivo à *universalização*<sup>364</sup> da banda larga porque o serviço chega ao usuário com um preço final reduzido.

A terceira diretriz refere-se às ações regulatórias. Para tanto, o Ministério indicou políticas públicas prioritárias à Anatel. Desde 2010, a Anatel editou alguns regulamentos que auxiliaram direta ou indiretamente o PABL, entres outros, destacou-se a Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011,<sup>365</sup> que aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ – SCM); a Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012,<sup>366</sup> que aprovou o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC); licitações de faixa de radiofrequência que permitiram o uso de tecnologias que ofertam banda larga móvel; a Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013,<sup>367</sup> que aprovou o novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia.

Sobre o novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), destaca-se, entre outros, o objetivo de criar assimetrias regulatórias baseadas no conceito de prestador de pequeno porte, cuja presença é capaz de estimular a competição e ocupar segmentos de mercados vazios ou mal explorados. Destaca-se, a decisão de reduzir o preço pago pela outorga do serviço de R\$9.000,00 para R\$ 400,00 quando a área de prestação for

---

<sup>364</sup> Esse é o termo encontrado no site do Ministério das Comunicações: MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Programa nacional de banda larga (PABL)*. Brasília, 2013. Disponível em: < <http://www.mc.gov.br/acoes-e-programas/programa-nacional-de-banda-larga-pabl> >. Acesso em: 26 mar. 2013.

<sup>365</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011*. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/26-2011/57-resolucao-574> >. Acesso em: 22 jan.2014.

<sup>366</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012*. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2012/425-resolucao-600> >. Acesso em: 22 jan.2014.

<sup>367</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 22 jan.2014.

regional e não em todo o território nacional. Nesse contexto de massificação, o Conselheiro Relator Marcelo Bechara, afirmou em sua análise:

5.9. Portanto, é salutar que os serviços de telecomunicações, cujas redes servem de suporte ao acesso à banda larga, sejam altamente inclusivos do ponto de vista social de modo, também, a se alinharem às políticas estabelecidas pelo Poder Executivo, materializadas, em grande parte, no PNBL.

5.10. Assim, por se tratar de serviço abrangente e dotado de inúmeras aplicações, sendo um deles o suporte à comunicação em Banda Larga, o SCM apresenta-se como um dos instrumentos de democratização do acesso às tecnologias de informação, de redução das desigualdades nesse acesso e de garantia de direitos como educação, saúde, informação e comunicação.<sup>368</sup>

É bem verdade que as ações citadas ramificam-se em outras, contudo, não é objeto desse trabalho dissecar o PNBL ou emitir juízo de valor acerca dele<sup>369</sup>. Menciona-se o PNBL para exemplificar uma medida de massificação incidente sobre a banda larga, em que estão presentes: financiamento estatal e ações regulatórias com objetivo de expandir a rede e, como consequência dessa política, provimento do acesso à internet a preços módicos.

### 3.2.2. LICITAÇÕES NO REGIME PRIVADO

No plano de atuação da Anatel, a principal medida de massificação do SMP tem ocorrido por meio das licitações de radiofrequência.

Antes, pois, de adentrar no exemplo, é preciso enfrentar questões jurídicas de fundo. Embora a regra seja que os serviços autorizados não tenham um número limitado de outorgas<sup>370</sup>, a própria LGT abre a possibilidade de condicionantes, como já adiantado.

A partir dos parágrafos do art. 136, LGT, identifica-se dois casos de limitação. O primeiro é de transferência de outorga que pode não ser aprovada, caso a Anatel entenda que a medida prejudica a competição ou a execução do contrato. A segunda hipótese ocorre

---

<sup>368</sup> Análise nº 304/2013-GCMB, de 17 de maio de 2013, do Conselheiro Marcelo Bechara de Souza Hobaika. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=298286>> Acesso em: 25 jan. 2014. p.7

<sup>369</sup> Com intuito de identificar críticas jurídicas ao modelo de estímulo à banda larga que vem sendo desenvolvido recomenda-se a leitura de: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre a legalidade e o “puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT.*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 53-61 jul./dez. 2010. Já para entender o PNBL e perspectivas atuais: DE ARAÚJO, Paulo Sisnando Rodrigues. Considerações sobre o programa nacional de banda larga. *Revista do TCU*, Brasília, ano 44, n. 124, p. 24-35, maio/ago. 2012.

<sup>370</sup> Art. 136, *caput*, da LGT



quando há necessidade de associar a prestação do serviço a uma banda de radiofrequências. Nesse caso, a livre iniciativa depende de acesso ao espectro de radiofrequências que é um bem público escasso e limitado. Quando as faixas são limitadas e o uso por um exclui o uso simultâneo de outros, a licitação passa a ser imperativa e, portanto, excepcionalmente limitadora do número de outorgas.

Em tais casos, o exercício do direito de livre iniciativa depende da prévia constituição, na esfera subjetiva do interessado, do direito de acesso a um determinado mercado, mediante prática de ato administrativo conclusivo de procedimento em que sobressaem elementos não estritamente vinculados, vez que à Anatel cabe completar a previsão e estatuição legais, seja com fundamento em juízos de conveniência e oportunidade, seja à luz de considerações técnicas.<sup>371</sup>

Esse pensamento vale também para a hipótese do art. 135 da LGT que determina que, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, é possível condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade<sup>372</sup>. Esses compromissos<sup>373</sup> deverão ser regulamentados, devendo ser observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, como já mencionado.

Havendo licitação, ela será sempre onerosa e deverá ocorrer nos termos dos art. 89 e seguintes da LGT, conforme determinação do art. 164, I, da mesma Lei. Sobre esse instrumento é importante lembrar:

A licitação gera um vínculo contratual administrativo entre o Estado e o administrado, não se estabelece livremente, ao exclusivo alvedrio dos contratantes. A igualdade jurídica dos administrados perante a lei e o interesse

---

<sup>371</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39 e 40.

<sup>372</sup> Essa regra é aderente ao conceito maior, o de regulação. Para Alexandre de Aragão que define regulação da economia como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e **os orientando em direções socialmente desejáveis.**” (grifo nosso) ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.

<sup>373</sup> Cabe a ressalva, “O tema é certamente passível de amplo debate, já que, dependendo do nível de compromissos que venha a impor, haverá desnaturação do regime privado de prestação de telecomunicações, na medida em que esses compromissos tenderão a se aproximar ou de obrigações de universalização ou de continuidade. Não bastasse isso, esses compromissos podem ter fortíssimo impacto no plano da competição(...)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

público de obter as melhores condições contratuais confluem para a afirmação constitucional do princípio da licitação (CF, art. 37, XXI)<sup>374</sup>.

Nesse sentido, a licitação possui um caráter instrumental, ou seja, ela representa o início de um procedimento de implementação da regulação como um meio para atingir uma finalidade pública maior. Isto porque ela não é um fim em si mesmo.

O procedimento licitatório é também uma forma de “regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.”<sup>375</sup>

Nesse contexto, entende-se possível que se estabeleçam compromissos de interesse da coletividade, conforme determinado no art. 135 da LGT, nas licitações de outorga de serviço.

Marcos Juruena Villela Souto, um dos propulsores na defesa da função regulatória da licitação, alerta que a “discricionariedade na formação do edital envolve o exercício de uma competência regulatória, pois interfere na estrutura do mercado(...)”<sup>376</sup>

E continua:

Assim, o objetivo da licitação não é necessariamente o menor preço; a melhor proposta pode ser aquela que faz ressurgir um mercado livre. Do contrário, não há licitação séria, porque não há livre competição num mercado dominado ou **inexistente**.<sup>377</sup> (grifo nosso)

Esclarecida a possibilidade de outorgar serviços prestados mediante licitação e a possibilidade de o edital, como instrumento regulatório, conter condicionantes de relevante interesse social, passa-se à análise da massificação do serviço móvel.

Desde 2007, a Anatel inseriu os chamados “compromissos de abrangência” nos editais de licitação de algumas autorizações de radiofrequência do Serviço Móvel

---

<sup>374</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 174.

<sup>375</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n.37, p. 133-142, jul./set. 2009.

<sup>376</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 308.

<sup>377</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Contratos administrativos no Brasil: parte I. *L & C : revista de direito e administração pública*, Brasília, v.6, nº 63, p. 40-47, set. de 2003.

Pessoal (SMP)<sup>378</sup>. A primeira vez foi no Edital 001/2007. Contudo, essa prática ganhou notoriedade no Edital 002/2007, em que se licitou a outorga de autorização de uso de radiofrequências de quatro bandas da frequência 3,5 GHz.

O objetivo da licitação foi garantir que todo o território nacional tivesse acesso ao serviço móvel e que a tecnologia 3G fosse comercializada em todo o país e não só nas regiões economicamente mais desenvolvidas. Dessa forma, dividiu-se o Brasil em 11 áreas. Para impedir que as menos interessantes não recebessem proposta, determinou-se, por exemplo, que a empresa vencedora da cidade de São Paulo (área III) necessariamente levaria parte da região norte (área VIII).

Além disso, foram estabelecidos os compromissos de abrangência, entre os quais se destaca o dever de cobrir todos os municípios que não tinham cobertura móvel, independente da tecnologia, em 24 (vinte e quatro) meses a contar da assinatura dos contratos e sua publicação no DOU. Outra obrigação foi que, em todos os municípios com mais de 100.000 (cem mil habitantes), a tecnologia 3G deveria estar disponível em até 60 (sessenta) meses a contar da assinatura dos contratos e sua publicação.

Licitações desse tipo são classificadas como concorrência melhor técnica e preço. O plano de negócios, que estabelece o preço mínimo de cada um dos lotes da licitação, considera as obrigações que a vencedora deverá cumprir. Dessa forma, o preço mínimo cai e considera-se que a diferença monetária entre o que deveria ser o preço mínimo real e o efetivamente estabelecido será reinvestido no próprio mercado de telecomunicações por meio do cumprimento das obrigações. Esta lógica tem possibilitado que mesmo com obrigações subsidiárias as licitações sejam bem sucedidas.

Não restam dúvidas de que os compromissos de abrangência interferem no mercado, na medida em que condicionam a autorização e obrigam que as vencedoras cumpram metas que, talvez, não fossem economicamente interessantes. Por outro lado, justamente para estimular o mercado, na licitação, há um deságio. Calcula-se o quanto valeria a faixa de radiofrequência, e desse valor é subtraído o valor estimado para

---

<sup>378</sup> Lembre-se que esse serviço é prestado em regime privado.

cumprimento das obrigações que serão imputadas às vencedoras. Em outros termos, há um financiamento indireto para o cumprimento das obrigações.

Essas obrigações nada mais são do que meios de estimular investimentos em infraestruturas com o intuito de promover o acesso às telecomunicações (massificar), sem que, contudo, haja cobrança de serviço por tarifas, obrigações de continuidade do serviço ou bens reversíveis. Isso porque, tanto o uso de radiofrequência quanto o serviço são outorgados mediante autorizações, amparadas pelo regime privado.

### 3.3. UNIVERSALIZAÇÃO E MASSIFICAÇÃO

Como verificado, a definição de massificação das telecomunicações não se encontra acostada em nenhuma norma legal. Contudo, é cada vez mais frequente que os termos massificação e universalização apareçam juntos,<sup>379</sup> podendo gerar duas expectativas: a de que têm conteúdo distinto ou a de que são sinônimos.

Isso porque, em síntese, a palavra universalização remete ao conjunto de obrigações do regime público e às características de serviço público, enquanto a massificação é o termo empregado para definir expansão do acesso às telecomunicações no regime privado. Em verdade, são utilizadas em regimes jurídicos distintos para atingir o mesmo fim, porém com procedimentos diferentes.

Frise-se, ambos buscam como vetor o acesso, contudo, os regimes estabelecem pilares e embasamento jurídico distintos. Enquanto a massificação busca

---

<sup>379</sup> MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Universalização e massificação dos serviços de telecomunicações*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/acoes-e-programas/universalizacao-e-massificacao-dos-servicos-de-telecomunicacoes>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

(b) OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO. *No debate entre massificar e universalizar a banda larga, Minicom fica com a urgência*. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com\\_content&task=view&id=7606](http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=7606)>. Acesso em: 25 mar. 2013.

(c) INTERVOZES. *Entidades se reúnem para estruturar campanha em defesa da internet banda larga*. Brasília. Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/noticias/entidades-se-reunem-para-estruturar-campanha-em-defesa-da-internet-banda-larga>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

(d) MARIA FRÔ. Entrevista Paulo Bernardo: da massificação à universalização do PNBL. Disponível em: <<http://mariafro.com/2011/06/14/entrevista-paulo-bernardo-da-massificacao-a-universalizacao-do-pnbl/>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

(e) MARIA FRÔ. *João Brant: fust, PNBL – universalizar não é massificar*. Disponível em: <<http://mariafro.com/2011/04/13/joao-brant-fust-pnbl-universalizar-nao-e-massificar/>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

estimular a disponibilização do acesso por meio de regulamentação, condicionamentos e limitações, a universalização do regime público preocupa-se em permitir o mínimo, o básico, de comunicação. Nesse último caso, a União se compromete a garantir a continuidade desse mínimo.

Fato é que “a autorização constitui um dos instrumentos mediante os quais a Administração Pública intervém sobre a atividade econômica privada.”<sup>380</sup> Isso se verifica de distintas formas para os variados serviços, não apenas nos casos de licitação, mas também quando se estabelece parâmetros de qualidade do serviço, quando se exige que os planos/pacotes de serviços só sejam homologados, quando se exige o fornecimento de dados, entre outras.

É ingênuo acreditar ou defender que, no regime privado não há interferência do Estado, mesmo porque, como já se explicou, os serviços de telecomunicações são essenciais e a eles são impostos limites administrativos em razão do poder de polícia.

A proposta do Legislador foi de que o Estado atuasse de maneira a proteger o consumidor/usuário ao passo que estimulasse a competição e o desenvolvimento de pequenos mercados. Exemplo dessa situação é o novo regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, em que há estímulo ao crescimento das pequenas empresas prestadoras de acesso à conexão à internet no interior do país.<sup>381</sup>

Nesse contexto, massificar significa promover, no regime privado, o acesso aos serviços de telecomunicações, expandindo as redes, inclusive, em áreas economicamente menos interessantes, mediante estímulos financeiros adicionais por parte do governo, gerando, conseqüentemente, diminuição nas desigualdades regionais, crescimento do setor e benefícios a todos os usuários. Repita-se, não há que se falar em serviços de titularidade do governo e sim no âmbito das atividades privadas regulamentadas.

---

<sup>380</sup> FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

<sup>381</sup> Após a Resolução nº 614/2013, o preço pago pela outorga de SCM que era R\$9.000,00 independente da abrangência territorial, passou a ser de R\$ 400,00 para abrangências regionais. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

Medidas de massificação visam concretizar os seguintes princípios regulatórios: acelerar a redução das desigualdades regionais e possibilitar a oferta dos serviços de telecomunicações de forma mais homogênea possível em todo território nacional<sup>382</sup>.

A LGT é clara ao definir obrigações ao regime público que, a partir de características próprias, como já estudado e delimitado no capítulo 3, tornam os serviços prestados nesse regime de natureza pública.

Por outro lado, admitir a existência de princípios sociais que, em algumas circunstâncias, geram limitações ao regime privado não significa dizer que os serviços prestados nesse regime sejam automaticamente obrigados às regras de universalização do regime público (que possuem mecanismos próprios e rígidos) ou que eles passem a ser serviços públicos. Ao contrário, lembrando os ensinamentos de Gastón Jèze, não há um critério único para a definição de serviços públicos e sim um conjunto de circunstâncias, que isoladamente não indicariam *per se* a existência de serviço público<sup>383</sup>. No caso, o objetivo de massificar seria incapaz de transformar os serviços privados em serviços públicos.

Assim, considerando os parâmetros gerais de universalização já estudados e considerando o conceito que ora se adota de massificação. Massificar é universalizar<sup>384</sup>, contudo, como o termo universalização em telecomunicações é muito bem delimitado e possui características distintas da massificação (que se verifica apenas quando da necessidade de regulamentação que estimule ou, em alguns casos, limite a atuação da iniciativa privada), conclui-se nesse trabalho ser adequada a utilização de termos distintos.

---

<sup>382</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. *Resolução nº 516, de 30 de outubro de 2008*. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/23-2008/11-resolucao-516>>. Acesso em: 17 jan.2014.

<sup>383</sup> JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. t.2, p. 291-293.

<sup>384</sup> Lembre-se da proposta de definição e segundo entendimento da UIT sobre serviço universal, item 1.3.2 desse capítulo. Parece ser também esse o entendimento de Alexandre Santos de Aragão: "(...) são justamente os serviços que foram despublicizados (telefonia celular) – e não os serviços públicos – que, na prática, estão propiciando a universalização das telecomunicações no Brasil." ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de direito público da economia*, Belo Horizonte, v. 3, n.10, p 9-48, abr./jun.2005, p.46

## CONCLUSÃO

No setor de telecomunicações, por determinação constitucional, editou-se a Lei nº 9.472/1997, que passou a tratar de serviços de telecomunicações prestados em regime público e/ou privado. Nos dois casos, incide a regulação, embora em graus distintos.

O serviço de telecomunicações no âmbito do regime público é aquele que a própria União compromete-se a assegurar, sendo prestado mediante concessão ou permissão, na modalidade de serviços de interesse coletivo, com atribuição à sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Por outro lado, o serviço de telecomunicações em regime privado é o prestado mediante autorização, na modalidade de serviços de interesse coletivo ou restrito, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e, excepcionalmente, tem sua outorga condicionada.

Esse trabalho pretendeu analisar o sistema de telecomunicações desenhado pela LGT, estabelecendo diferença e semelhança entre os regimes na lei - *i.e.*, regime público e regime privado. Para tanto, elegeu-se duas âncoras conceituais de comparação: (a) uma possível diferença (a classificação dos serviços de telecomunicação) e (b) uma possível semelhança (a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações). O diagnóstico das formas e bases legais da ampliação como universalização, no regime público, e massificação, no regime privado, é feita considerando o resultado alcançado na análise da categorização. O intuito dessa dissertação foi, através dos estudos desenvolvidos, mais bem embasar futuras propostas de políticas públicas e regulamentações emanadas pela Anatel.

Para tanto, no primeiro capítulo, fundamentando-se nos ensinamentos de Duguit, Hauriou e Jèze e no que a doutrina construiu a partir desses juristas, sem sugerir uma definição de serviços públicos, propôs-se uma verificação cumulativa de quatro características. O entendimento adotado foi o de que serviço público seria uma opção do Estado plasmada em norma, na qual: (a) o Estado é titular de um serviço por ele considerado essencial e, portanto, decide assegurar sua existência; (b) o serviço é prestado diretamente ou delegável por meio de concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF/88; (c) na

prestação do serviço, exige-se a satisfação dos princípios do serviço público e de regras específicas de cada serviço; (d) a remuneração do serviço público é obtida mediante pagamento do usuário que teve o serviço prestado por meio de tarifas ou taxas, salvo exceções.

Verificados esses itens, estar-se-ia diante de um serviço público que demandaria tratamento de regime especial, *i.e.*, regime público, inserido no âmbito do direito público. Cada uma dessas características auxiliaria na identificação de um serviço como público. Entendeu-se que, por norma constitucional ou infraconstitucional, seria possível que um ente da federação se obrigasse a assegurar a realização de uma atividade essencial. Serviço essencial, contudo, não seria sinônimo de serviço público.

Outra característica dos serviços públicos seria a possibilidade de delegação. Sobre o tema, ressaltou-se que a delegação é antes uma decisão do poder público, facultada pela Constituição Federal. Por meio de licitação, é escolhida a proposta mais vantajosa ao interesse público, observados os dispositivos constitucionais e a legislação específica. O art. 175 da CF/88 facultou a delegação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão e em seu parágrafo único determinou que lei dispusesse sobre as condições da delegação. A Lei nº 8.987/1995, Lei das Concessões, cumpriu essa determinação constitucional.

A Lei nº 8.987/1995 estabelece procedimento de delegação para as outorgas de concessão e permissão, embora não se aplique a todos os serviços públicos. Entende-se que leis setoriais podem propor soluções específicas, como é o caso do setor de telecomunicações que editou a LGT. O art. 210 da LGT exclui a aplicação das Leis nº 8.666/1993, nº 8.987/1995, nº 9.074/1995, bem como suas alterações às concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e às respectivas licitações. Contudo, como a Lei de Concessões frequentemente serve de referência para estudos do tema, sempre que possível, fez-se uso dela a título comparativo.

Ter a obrigação de seguir os princípios dos serviços públicos é a terceira característica proposta para auxiliar na identificação de um serviço público. Considera-se como princípios base, e não exaustivos, aqueles enumerados pela Lei nº 8.987/1995. Para uma prestação adequada, o art. 6º, §1º da Lei de Concessões indica a necessidade de cumprimento dos seguintes princípios: regularidade, continuidade, eficiência, segurança,



atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Esses princípios devem ser seguidos pelo ente que estiver prestando o serviço público. Dependendo do serviço e de suas especificidades, o grau de relevância pode variar.

Por fim, a última característica sugerida para identificar um serviço público é a remuneração que deve ser obtida mediante pagamento de tarifas ou taxas, salvo exceções. A política tarifária é, geralmente, bem definida, seus reajustes são realizados por procedimentos mais rígidos e difere das atividades privadas que têm o preço livre como característica principal.

Estabelecidas essas premissas, iniciou-se o capítulo 2, que pretendeu analisar cada uma das quatro características necessárias para identificar um serviço como sendo público, relacionando-as aos dois regimes de telecomunicações.

A partir da LGT, foram destacadas no regime público as seguintes características: (a) remuneração por meio de tarifas dos usuários que usufruem o serviço; (b) necessidade de observância dos princípios dos serviços públicos, destacando-se especialmente os princípios da continuidade e universalização; (c) outorga por meio de concessão ou permissão mediante licitação a empresas, formalizada por contrato por conta e risco do concessionário<sup>385</sup> (quando da extinção da delegação, ocorrerá a reversibilidade de bens para garantir a continuidade do serviço); e (d) titularidade do serviço a ser prestado é da União, que optou por assegurar a prestação de determinados serviços.

Também a partir da LGT, foram destacadas no regime privado as seguintes características: (a) remuneração por meio de preço estabelecido pelas prestadoras e pago pelos usuários que usufruem o serviço; (b) observância obrigatória dos princípios constitucionais da atividade econômica, é dizer, as regras da livre iniciativa devem prevalecer; (c) outorga de autorização a todas as empresas que cumprirem os requisitos subjetivos e objetivos, formalizada por ato publicado no D.O.U. (a outorga é por prazo indeterminado e, quando da extinção, não haverá reversibilidade de bens porque a União não se compromete a garantir a continuidade dos serviços); (d) titularidade do serviço prestado sob autorização, tema que mereceu especial atenção no capítulo 2.

---

<sup>385</sup> A concessão possui prazo determinado, enquanto a permissão, por possuir um caráter emergencial e transitório, é precária.

Dada à existência de uma celeuma doutrinária nesse campo, apresentaram-se diversas perspectivas. Dentre outros, o principal argumento daqueles que defendem a autorização prestada no regime privado, como forma de delegação de serviço público, é o entendimento de que todas as atividades elencadas no art. 21 da CF/88 seriam de titularidade da União e, conseqüentemente, seriam serviços públicos. Em resposta, alguns autores entendem que não se pode analisar o art. 21 da CF/88 de forma isolada, ele deve ser conciliado com o art. 175 da CF/88. Lembrou-se, ainda, que esse artigo expressamente determina que a delegação de serviço público ocorra por meio de concessão ou permissão, não mencionando a autorização. Portanto, não haveria obrigatoriedade constitucional em determinar como público os serviços prestados mediante autorização, daí alguns autores proporem que os serviços autorizados de telecomunicações seriam atividades privadas de interesse público sob a qual o Estado exerce seu poder de polícia.

Nesse contexto, lembrou-se que a EC nº 08/95, ao alterar o art. 21, XI, da CF/88, incluiu o termo autorização entre as modalidades de prestação do serviço de telecomunicações e substituiu a expressão “serviços públicos” por “serviços de telecomunicações”. Como ensinaram Duguit e Jèze, a noção de serviço público varia no tempo. Por isso, entendeu-se que a EC nº 08/95 indicou uma mudança da percepção dos serviços públicos no setor. Antes, indiscutivelmente, todos os serviços de telecomunicações eram públicos; após a EC nº 08/95 não mais. Indicou-se que essa conclusão estaria longe de ser unânime. Lembrou-se que a LGT institui diferenciações entre as regras do regime público e do regime privado no setor de telecomunicações e entendeu-se pouco lógico estabelecê-las para ao final classificar todos os serviços neles prestados como público, especialmente, se for considerado o elemento formal do serviço público.

Após a análise das regras estabelecidas na LGT, concluiu-se que no regime público são prestados serviços públicos. Por outro lado, entendeu-se que as outorgas no regime privado de telecomunicações não se caracterizam por delegação de serviço público. Repita-se, essa não é uma conclusão unânime entre a doutrina. Nesse sentido, a primeira hipótese proposta para esse trabalho comprovou-se: há categorizações diversas dos serviços de telecomunicações prestados nos regimes público e privado e essa apresenta-se como grande característica distintiva entre os dois regimes.

Muito embora nos serviços autorizados a regra seja a da livre iniciativa, isso não impede a regulação. É sob essa perspectiva que se iniciou o capítulo 3. Nesse capítulo, o tema explorado foi o ponto de interseção entre os regimes público e privado, com enfoque no acesso aos serviços de telecomunicações.

Inicialmente, perseguiu-se o conceito de universalização, relacionando-o ao conceito de serviço universal europeu. De forma geral, o princípio da universalização visa a garantir que todos tenham o direito de acesso a preços (tarifas) módicos e fruição de qualidade de um serviço, independente de condição socioeconômica ou região geográfica. No Direito, o conceito de universalização frequentemente aparece relacionado à prestação de serviços públicos, mas não se restringe a eles. Por outro lado, indicou-se que o conceito de serviço universal, utilizado pela União Europeia, é muito similar ao de universalização. Contudo, na Europa, esse conceito se relaciona fortemente a um regime privado e busca universalizar estimulando um mercado competitivo.

Fincados esses alicerces, avançou-se para a análise de universalização ao setor de telecomunicações, de modo a explicar a universalização de acordo com a LGT. Em um importante passo para entender a universalização nas telecomunicações brasileiras, ressaltou-se dois posicionamentos da UIT sobre os chamados serviços universais.

Em 1993, ao se discutir o tema, optou-se por não se definir serviço universal, mas, estabelecer elementos que o comporiam: (i) acesso a telefones; (ii) disponibilização e possibilidade de cobrança pelo serviço; (iii) oferta residual (ofertado àqueles em cujo o mercado não tem interesse econômico); (iv) desenvolvimento de infraestrutura; (v) oferta de alguns serviços de telecomunicações como garantia de um mínimo, básico. Já em 1998, a UIT estabeleceu um conceito. Considerou que o objetivo dos serviços universais é facilitar a comunicação entre todos os membros da sociedade, não se restringindo a um nível mínimo (ou básico) de telecomunicações. Ao contrário, por decisão política regulatória, poder-se-ia obrigar operadores a ofertar seus serviços a toda população.

Além disso, foi preciso entender o contexto histórico do país. Naquele momento, urgia uma reestruturação do setor que ampliasse o acesso telefônico e garantisse um serviço mínimo para que a população pudesse se comunicar. Era preciso ampliar a infraestrutura. Em suma, embora a definição de universalização seja ampla, a interpretação

sistêmica desse conceito na LGT se traduz em oferta de alguns serviços mínimos (básicos), o que incluiu ampliação da planta de telefones de uso público. A universalização estabelecida no regime público da LGT refletiu principalmente o primeiro posicionamento da UIT.

Na sequência, tratou-se dos mecanismos de universalização, os quais se dão por meio de políticas públicas que visam a garantir acesso e fruição ao maior número de usuários desses serviços. Ciente de que regulador não pode impor universalização, políticas sociais e penetração da telefonia sem considerar aspectos econômicos, a LGT estabeleceu dois pilares para se alcançar a universalização. Esses dois pilares são: PGMU e PMU, financiados, respectivamente, pelas concessionárias e pelo Fust. Cada um desses planos tem critérios próprios e regras bem definidas.

O modelo da LGT não é excludente ou de oposição entre universalização e concorrência. Tanto é assim que se admitem empresas autorizadas prestando de STFC (lembre-se, até o momento, esse é o único serviço incluído no regime público), é dizer, concessionárias e autorizadas são concorrentes. O objetivo é, portanto, que universalização e concorrência se complementem. Nesse sentido, o conceito de universalização se assemelha ao conceito europeu, embora, repita-se, no Brasil, esse modelo de universalização está limitado ao regime público.

Sedimentado o entendimento de universalização em telecomunicações, avançou-se para compará-lo ao termo massificação. Este último não é definido em nenhuma norma legal, apesar de ser verificado em algumas e de ser utilizado pelo setor. Universalização e massificação relacionam-se à ampliação do acesso de telecomunicações. Trata-se de regra do art. 2º, I, II e VI da LGT que impõe ao Poder Público o dever de garantir o acesso às telecomunicações, estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações em benefício da população brasileira, bem como estimular o desenvolvimento socioeconômico do país.

Nos primeiros anos, após a reestruturação do setor, os serviços prestados no regime privado foram crescendo e se expandindo de acordo com o interesse do mercado. Ocorre que, na segunda metade da década passada, identificou-se que era preciso acelerar essa expansão para locais economicamente desinteressantes em benefício da população brasileira.

A LGT não estabelece critérios e parâmetros para a ampliação do acesso no regime privado, diferentemente do que ocorre na universalização. Lembrou-se que no regime privado há o exercício do poder de polícia e que a LGT possibilitou, em algumas situações de interesse social, a limitação do direito da livre iniciativa. Nesse sentido, mecanismos de massificação são observados na forma de exemplos. Foram citados dos casos, respectivamente, do PNBL (relacionado ao SCM) e dos compromissos de abrangência nos editais de licitação da telefonia móvel (relacionada ao SMP).

Entendeu-se que a massificação permite o acesso aos serviços de telecomunicações, expandindo as redes, inclusive em áreas economicamente menos interessantes, mediante estímulos financeiros adicionais, gerando, conseqüentemente, diminuição nas desigualdades regionais, crescimento do setor e benefício a todos.

Destarte, ambos os conceitos são parecidos e se adéquam ao conceito geral de universalização, em especial, ao conceito de serviço universal europeu. Contudo, a palavra universalização em telecomunicações remete ao conjunto de obrigações do regime público, ou seja, restringe-se a um princípio dos serviços públicos, enquanto a palavra massificação encontra-se livre no regime privado.

Frisou-se que ambas – massificação e universalização - buscam ampliar o acesso; contudo, os regimes estabelecem pilares e embasamento jurídicos distintos. Enquanto a massificação, de forma pontual e por decisão governamental, busca disponibilizar o acesso por meio de limitações administrativas, a universalização, de forma constante e legal, permite o mínimo de comunicação por ser um princípio do serviço público a ser seguido. Nesse último caso, a União se compromete a garantir a continuidade desse mínimo.

A partir da pesquisa realizada, mesmo que se entendesse por classificar massificação como universalização, os serviços sujeitos a regras de massificação não adquiriam características de serviços públicos. Isso porque, a verificação de existência de princípios do serviço público (na hipótese, em questão: universalização) não é o único critério para a identificação dos serviços públicos, como fora estabelecido no Capítulo 1.

Nesse contexto, é importante lembrar que a segunda hipótese dessa dissertação era a de que as bases legais e mecanismos da universalização são distintos daqueles encontrados na massificação e, portanto, seria adequada a utilização de termos distintos. Todavia, como em ambos o objetivo que os caracteriza é a expansão do acesso, é possível verificar um elemento unificador entre os regimes público e privado.

Considerando os parâmetros gerais de universalização e a massificação no setor de telecomunicações, conclui-se que ambas promovem, por meios distintos, a universalização em sentido amplo. Apontou-se, nesse contexto, uma semelhança, um elemento unificador, entre os regimes público e privado. Todavia, como o termo universalização em telecomunicações é muito bem delimitado e possui características distintas da massificação, verifica-se inapropriado a utilização do termo universalização para a expansão dos serviços prestados no regime privado. Entendeu-se, pois, adequada a utilização dos dois termos separadamente. Nesse sentido, a hipótese restou comprovada.

A título conclusivo, mais importante do que ter identificado uma possível semelhança entre os regimes público e privado, parece ter sido a identificação de suas diferenças. Serviços prestados em regime público e privado, assim como universalização e massificação possuem bases legais próprias para sua efetivação e esse fato deve embasar a Anatel na elaboração de propostas de políticas públicas e regulamentações, em especial aquelas que visem a estimular a democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no regime privado, sem que se criem obrigações e limitações permanentes.

Por fim, vale frisar que não se teve a intenção de exaurir todas as diferenças e semelhanças entre os regimes público e privado. Estudos como as formas de intervenção das outorgas devem ser aprofundados, a fim de auxiliar a atuação regulatória da Anatel. Ainda, sobre possíveis estudos futuros, cumpre lembrar que a análise de autorização e sua categorização restringiu-se ao setor de telecomunicações, fazendo-se necessárias pesquisas em outros setores regulados, tais como de radiodifusão, energia e petróleo, a fim de se comprovar, ou não, a conclusão adotada nesse trabalho.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de direito público da economia*, Belo Horizonte, v. 3, n.10, p 9-48, abr./jun.2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Paulo Sisnando Rodrigues de. Considerações sobre o programa nacional de banda larga. *Revista do TCU*, ano 44, n. 124, p.24-35, maio/ago. 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIELSCHOWSKY, Ricardo (comp). *Sesenta años de la CEPAL, textos seleccionados del decenio 1998-2008*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BULLRICH, Rodolfo. *La naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos y la jurisdicción competente para Interpretar sus cláusulas*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1936.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

CRETELLA JUNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.  
v.4

COSTA, Carlos J. da. *Telecomunicações: Passaporte para a modernidade*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1996.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*. Porto Alegre, v. 27, n.57, p. 181-208, 2003.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

D'ALBUQUERQUE, Daniel Martins. *As agências reguladoras e a formulação de políticas públicas: uma abordagem a partir da universalização das telecomunicações por meio do Fust*. Brasília: UniCeub, 2013.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. *Traité de Droit Constitutionnel*. Bordeaux: E. de Boccard, 1927.t.1

ESCOBAR, J. C. Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.9-58, abr./jun. 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.



FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Delegação de serviços públicos impróprios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.5, n.57, p. 7718-7722, set. 2006.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.1, n. 4, p.63-79, out./dez. 2003.

FIORATI, Jete Jane. *As telecomunicações nos direitos interno e internacional: o direito brasileiro e as regras da OMC*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; NERI, Marcelo Cortes. *Texto para Discussão Nº 573: Reflexões sobre os mecanismos de universalização do acesso disponíveis para o setor de telecomunicações no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 1998.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIACOMUZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: La defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. San Pablo: F.D.A., 2003. t.2

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249-267.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.224:I-IV; p.183-196, abr./jun.2001.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HORBACH, Carlos Bastide. Os princípios do serviço público na França e no Brasil. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.549-564

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928.

\_\_\_\_\_. *Princípios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. t.2

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. A Polêmica acerca do regime Jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). *Serviços públicos: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 193-211

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 08, p.177-224, dez. 2004.

KRUGMAN, Paul R. *Vendendo prosperidade: sensatez e insensatez econômica na era do conformismo*, trad. Maria Luiza Neuwlands Silveira. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

LAENDER, Gabriel Boavista. O Regime jurídico das telecomunicações e os serviços de telecomunicação. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Direito das telecomunicações estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Unb, 2005. p. 191 - 246

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. Direito administrativo e direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol.26, p. 19 -33, out./dez. 1951.

\_\_\_\_\_. Direito público e direito privado. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 1, vol.1, p.7-12, jan./fev. 1953.

\_\_\_\_\_. *Princípios de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. *Princípios de direito administrativo*, 7. ed., rev e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Hugo de Britto. Remuneração dos serviços públicos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.) *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 268-299

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p. 75-115, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. Entre a legalidade e o “puxadinho”: a universalização da banda larga no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 53-61 jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.531-547

\_\_\_\_\_. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 333-354, abr./jun. 2003

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*: Parte Geral. Buenos Aires: Depalma, 1949. t.1

\_\_\_\_\_. *Derecho administrativo alemán*: Parte Especial. Buenos Aires: Arayú, 1954. t.4

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Geral: introdução, pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. t. 1

MODESTO, Paulo. Notas de introdução ao direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo horizonte, v.5, n.17, p. 163-178, abr./jun. 2007.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O 'kit' regulatório das telecomunicações In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (orgs). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.667-688

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material* (1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais, São Paulo, v.88, n.770, p.53-92, dez. 1999*.

PAIVA, Fernando; POSSETI, Helton. Oásis digital: Governo federal prepara plano nacional de digitalização de cidades, inspirado em iniciativas municipais de sucesso. *Teletime*. São Paulo, Ano 10, nº 101, p.26-30, jul 2007.

PARADA, J. Ramón. El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia. In: OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.) *Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p.909-934

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da lei n 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

THE CENTRE FOR INTERNET & SOCIETY; The Global Initiative for Inclusive Information and Communication Technologies. *Universal service for persons with disabilities. a global survey of policy interventions and good practices*. India: Hemkunt Publishers, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46

TREVES, Giuseppino. *Principi di diritto pubblico*. Torino: Tipografia Temporelli, corso Rosselli 200, 1971.

RAMOS, Juan P. *La concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1937.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporânea do direito*

*administrativo: Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85-114

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado.* Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1996.

ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif.* 9. ed. Paris: Dalloz, 1947.

ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo.* 3. ed. Padova: CEDAM, 1937.

RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones.* Navarra: Thomson Civitas, 2007.

SARDENBERG, Ronaldo Mota. Vinte anos da Constituição de 1988: as telecomunicações e o cidadão. In: DANTAS, Bruno(org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois - os cidadãos na carta cidadã.* Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v.5. p 386-401

SCHMIDT-ASSMANN. Eberhard. *La Teoria general del derecho administrativo como sistema.* Madrid: Marcial Pons, 2003.

SIQUEIRA, Ethevaldo. *Telecomunicações privatização ou caos.* São Paulo: Telepress, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional,* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) *O direito na sociedade da informação.* São Paulo: Atlas, 2007. p 5-28

SIQUEIRA, André. Uma nova Telebrás: em meio a críticas do setor privado, o governo decide usar a estatal para ampliar o acesso à internet e a concorrência na oferta de banda larga. *Carta Capital*, v. 15, nº 595, p. 22-25, maio. 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Contratos administrativos no Brasil: parte I. L & C: *Revista de direito e administração pública*, v.6, nº 63, p. 40-47, set. de 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. p.385-396

\_\_\_\_\_. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006 p.317-328

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>> Acesso em: 01 out. 2011

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O regime especial da concorrência no direito das telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Del servicio público a los servicios de interés general: la evolución del *service public* en el sistema jurídico. In: de et al (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.491-530.